

LOVVALGET VED INTERNASJONALE FULLMAKTSFORHOLD

Lovvalget for fullmaktsavtalen mellom fullmaktsgiver og fullmektig

Kandidatnr: 159206

Leveringsfrist: 1. juni 2009

Til sammen 14609 ord

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	4
1.1	PROBLEMSTILLING OG FORUTSETNINGER FOR OPPGAVEN	4
1.2	DEFINISJONER OG AVGRENSNINGER	5
1.3	AVHANDLINGENS METODEBRUK	6
1.4	DEN VIDERE FREMSTILLINGEN	7
2	<u>RETTSKILDEBILDET</u>	8
3	<u>HVOR PARTENE HAR FORETATT ET LOVVALG</u>	11
3.1	HOVEDREGELEN ER PARTSAUTONOMI	11
3.1.1	RETTLIG GRUNNLAG FOR UTGANGSPUNKTET OM PARTSAUTONOMI	11
3.1.2	KAN MAN BLI BUNDET PÅ BAKGRUNN AV STILLTIENDE ADFERD?	12
3.1.3	RETSSYSTEM FULLMAKTSFORHOLDET IKKE HAR TILKNYTING TIL	13
3.2	PRESEPTORISKE REGLER SOM BEGRENSER HOVEDREGELEN OM PARTSAUTONOMI?	14
3.2.1	INNLEDNING	14
3.2.2	BEGRENSNING ETTER INTERNASJONALT PRESEPTORISKE REGLER	14
3.2.2.1	Begrensning hvor fullmaktsforholdet er et ledd i et agenturforhold	15
3.2.2.2	Begrensning hvor fullmaktsforholdet er en del av et ansettelsesforhold	16
3.2.3	BEGRENSNING ETTER ORDRE PUBLIC	18
3.2.4	BØR BEGRENSNINGER I INTERNASJONAL RETT OGSÅ GJØRES GJELDENDE I NORSK RETT?	18
3.2.4.1	Innledning	18
3.2.4.2	Begrunnelsen for hvorfor uniforme regler vektlegges	18
3.2.4.3	Ytterligere begrensninger på partsautonomien i EU-retten	20
3.2.4.4	Bør de ytterligere begrensningene i EU-retten også innføres i norsk rett?	21
3.2.4.4.1	Innledning	21
3.2.4.4.2	Mandatory rules	21
3.2.4.4.3	Ansettelsesforhold	22
3.2.4.5	Ytterligere begrensninger på partsautonomien i Haag konvensjonen	24
3.2.4.6	Bør de ytterligere begrensningene i Haag konvensjonen også innføres i norsk rett?	25

4	<u>HVOR PARTENE IKKE HAR FORETATT ET LOVVALG</u>	26
4.1	INNLEDNING	26
4.2	ANALOGI FRA DEN INTERNASJONALE PRIVATKJØPSLOVEN?	26
4.3	NORSK RETTSPRAKSIS OM LOVVALGSSPØRSMÅLET	28
4.3.1	INNLEDNING	28
4.3.2	IRMA-MIGNON I RT. 1923 II s. 58	28
4.3.3	TAMPAX-DOMMEN I RT. 1980 s. 243	30
4.3.4	FOTOBLOTT-DOMMEN I RT. 1982 s. 1294	30
4.3.5	PHARMA-FOOD DOMMEN RT. 2006 s. 1008	31
4.3.6	SLUTNINGER FRA NORSK RETTSPRAKSIS	32
4.4	BETYDNINGEN AV INTERNASJONAL RETT VED FASTSETTELSE AV LOVVALGET	33
4.4.1	INNLEDNING	33
4.4.2	BETYDNINGEN AV RETTSTILSTANDEN I EU	33
4.4.3	BETYDNINGEN AV HAAG KONVENSJONEN	35
5	<u>ANDRE LOVVALGSREGLER VED TILBLIVELSESMANGLER?</u>	36
6	<u>ANBEFALT NORSK LOVVALGSREGEL</u>	37
6.1	INNLEDNING	37
6.2	UNIFORME REGLER	38
6.3	TILKNYTNINGSHENSYN	38
6.4	FORUTBEREGNELIGHET	39
6.5	KONTRAKTENS ENHET	40
6.5.1	INNLEDNING	40
6.5.2	FORHOLDET MELLOM FULLMAKTSGIVER OG TREDJEMANN	40
6.5.3	FORHOLDET MELLOM FULLMEKTIGEN OG TREDJEMANN	41
6.5.4	DE LEGE FERENDA VURDERING	42
6.6	EFFEKTIVE OG PRAKTISKE REGLER	42
6.7	KONKRET RIMELIGHET	43
6.8	KONKLUSJON	43
7	<u>LITTERATURLISTE</u>	45
7.1	BØKER	45
7.2	ARTIKLER	46

1 Innledning

1.1 Problemstilling og forutsetninger for oppgaven

Som en konsekvens av globalisering og økt handel på tvers av landegrensene er det i dag mange kontrakter som har tilknytning til flere land. Kontaktsinngåelse på tvers av landegrensene er i mange tilfeller nødvendig for å få tilgang på varer og tjenester som ikke er tilgjengelig i Norge, og flere kommersielle kontrakter blir også sluttet gjennom fullmektig. Dette medfører igjen et større behov for klare regler angående hvilket lands rett som skal regulere forholdet. Denne problemstillingen blir kalt lovvalgsspørsmålet¹, og oppstår ved alle kontrakter som har tilknytning til mer enn ett land.

Kontrakter på tvers av landegrensene varierer like mye i innhold og karakter som nasjonale avtaler, og lovvalsreglene må således avpasses i forhold til ulike kontraktstyper. Temaet for denne avhandlingen er lovvalsreglene ved internasjonale fullmaktsforhold.

Lovvalgsspørsmålet for fullmaktsforhold er spesielt interessant ettersom de materielle reglene til tider varierer mye mellom de ulike landene.² Først når lovvalget er fastsatt er det klart hvilket lands materielle regler som kommer til anvendelse. De materielle bestemmelsene vil igjen avgjøre hvordan utførelsen av fullmaktsoppdraget skal skje, når det foreligger mislighold og hva som er konsekvensen av det, og muligheten for etterprovisjon. Et særlig spørsmål er hvilket lands rett som skal avgjøre hvorvidt fullmaktsavtalen er gyldig. Det er ikke åpenbart at lovvalget for tilblivelsesmangler er sammenfallende med det lands rett som gjelder for kontrakten, og denne problemstillingen vil bli drøftet separat.

Lovvalgsspørsmålet oppstår både hvor partene eksplisitt har tatt stilling til spørsmålet ved kontraktsinngåelsen, og hvor partene ikke har regulert forholdet. I førstnevnte tilfelle blir spørsmålet hvorvidt det avtalte lovvalget kan legges til grunn, eller om det må fravikes på

¹ Helge Johan Thue benytter betegnelsen "rettsvalg" istedenfor ordet "lovvalg" i artikkelen "Formuesordningen i internasjonale ekteskap – de rettslige hovedlinjer" i LoR 1997 s. 34 flg. og boken "Internasjonal Privatrett", Oslo 2002. Han hevder at lovvalg er misvisende, ettersom man ikke bare velger det aktuelle landets lover, men hele dens rett. Blant andre teoretikere er imidlertid betegnelsen "lovvalg" brukt i stor utstrekning, se "Løsørepannt over landegrenser", Bergen 2006 av Berte-Elen Reinertsen Konow, "Gaarders innføring i internasjonal privatrett" 3. utgave, Oslo 2000 av Hans Petter Lundegaard, "Knophs oversikt over norsk rett" 13. utgave, Oslo 2009 av Ragnar Knoph og "Usikfte og lovvalg" i TfR 1995 av Johan Giertsen s. 261 flg. Jeg har derfor valgt å benytte betegnelsen lovvalg.

² Se blant annet "Agenturloven med kommentarer", Oslo 1998 av Ellen J. Eftestøl s. 292 flg.

bakgrunn av preseptoriske lovregler. Hvor partene ikke har foretatt et lovvalg blir spørsmålet hvordan dette skal fastlegges.

Avhandlingen opererer med to forutsetninger. For det første forutsettes det at det er et internasjonalt aspekt ved kontrakten. Avtalen må med andre ord ha tilknytning til flere land.³

For det andre må saken komme opp for en norsk domstol, som også må være rett vernet. At en norsk domstol er rett vernet er en forutsetning for at norske lovvalsregler skal komme til anvendelse. For saker med EØS-tilknytning avgjøres vernet av Luganokonvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommeriselle saker av 30. oktober 2007 som er norsk lov av 8. januar 1993 nr. 21. I henhold til art. 2 er hovedregelen at ”personer med bosted i en Konvensjonstat uansett statsborgerskap saksøkes ved domstolene i bostedstaten”. Både fullmaktsgiver og fullmektig må således saksøkes i sitt eget hjemland. Saksøker kan eventuelt velge å anlegge søksmål i det landet hvor ”forpliktelsen tvisten gjelder, skal oppfylles”, jfr. art. 5 nr. 1. For fullmaktsforhold vil det normalt være det landet hvor fullmektigen har sitt arbeidssted.

I saker uten EØS-tilknytning fastsettes vernet på bakgrunn av Tvisteloven av 17. juni 2005 nr. 90 § 4-3.⁴

1.2 Definisjoner og avgrensninger

En fullmakt foreligger når man ikke selv slutter avtalen, men lar seg representere av en annen fysisk eller juridisk person.⁵ Knoph definerer det slik; ”Det karakteristiske for fullmaktsforholdet er altså at fullmektigen opptrer i fullmaktsgiverens navn og for hans

³ ”International privat- og procesret”, København 1997 av Peter Arnt Nielsen s. 3 og ”Svensk internationell privat- och processrätt” 6. utgave, Stockholm 2004 av Michael Bogdan s. 23.

⁴ Om forholdet mellom den gamle Tvistemålsloven og Luganokonvensjonen se ”Erstatningsvernet i saker utenfor kontraktsforhold” i ”Nybrott og Odling: Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen 3. april 2002”, Bergen 2002 av Berte-Elen Reinertsen Konow s. 181 flg.

⁵ ”Avtalerett” 6. utgave, Oslo 2006 av Geir Woxholt s. 244, ”Avtaleslutning og ugyldighet – Kontraktsrett I” 3. utgave, Oslo 2002 av Jo Hov s. 333, ”Avtaler”, Oslo 2006 av Johan Giertsen s. 243 og ”Løsørepan over landegrenser” av Berte-Elen Konow s. 361. Fullmaktsforhold er definert på samme måte for dansk og svensk retts vedkommende, se henholdsvis ”International Handelsret” København 2006 av Peter Arnt Nielsen s. 233, ”International privat- og procesret” av Nielsen s. 568 og ”Svensk internationell privat- och processrätt” av Bogdan s. 275.

regning. Fullmektigen blir selv stående helt utenfor de kontrakter han inngår i kraft av fullmakten; det er fullmaktsgiveren som erverver rett og blir forpliktet etter dem”.⁶

I norsk rett blir fullmaktsforhold i stor grad regulert av Avtaleloven av 31. mai 1915 nr. 4 (heretter avtl.). Avtalelovens regler kommer imidlertid kun til anvendelse hvor forholdet reguleres av norsk materiell rett. I norsk rett foreligger det flere forskjellige typer fullmakter, som deles inn i selvstendige og uselvstendige fullmakter.⁷ I førstnevnte gruppe er stillingsfullmakt den mest praktiske, jfr. avtl. §§ 10 (2) og 15. Stillingsfullmakt innehar man for eksempel som butikkekspeditor, kontormedarbeider eller daglig leder, og oppstår som følge av at man innehar den aktuelle stillingen. Den andre type selvstendig fullmakt er fragsagnsfullmakt. Det er en fellesbetegnelse på de selvstendige fullmaktene som ikke er stillingsfullmakter. Som det ligger i navnet oppstår denne ved at fullmektigen opplyser, eller gir frasagn, om at han har en fullmakt.

I avtl. § 18 finner man en bestemmelse om oppdragsfullmakt, som er en uselvstendig fullmakt. Det betyr at fullmakten ikke er meddelt medkontrahenten fullmektigen handler med eller andre tredjemenn. Fullmaktsforholdet er med andre ord kun kjent mellom fullmaktsgiver og fullmektig.

Uavhengig av hvilken type fullmakt som foreligger, består fullmaktsforholdet av tre forskjellige partsrelasjoner. Det er forholdet mellom fullmaktsgiver og fullmektig, fullmektig og tredjemann, og tredjemann og fullmaktsgiver. På bakgrunn av oppgavens omfang er det kun forholdet mellom fullmaktsgiver og fullmektig som er hovedtema for avhandlingen. De to andre partsrelasjonene vil imidlertid bli behandlet hvor det er naturlig som et sammenligningsmoment.

1.3 Avhandlingens metodebruk

Mens rettstilstanden i all hovedsak analyseres de lege lata i kapitlene 2, 3.1 til 3.2.3, 4 og 5 foretas det i kapittel 3.2.4 og 6 vurderinger de lege ferenda. Som utgangspunkt vil dermed disse delene gjøre bruk av henholdsvis rettsdogmatisk og rettspolitisk metode.

⁶ ”Knophs oversikt over norsk rett” 13. utgave, Oslo 2009 av Ragnar Knoph s. 243. Kapittel 45 er skrevet av Erling Selvig.

⁷ Informasjonen om ulike fullmaktstyper i kapittel 1.2 er hentet fra den litteraturen som det er henvist til i fotnote nr. 5, med hovedvekt på ”Avtalerett” av Woxholt s. 247.

Lovvalgsreglene for fullmaktsforhold reguleres av ulovfestet rett. I analysen vil norske rettsavgjørelser utgjøre en sentral rettskildefaktor. I tillegg baserer avhandlingen seg i stor grad på fremstillinger i juridisk litteratur. Da avhandlingens problemstilling bare i meget begrenset grad er behandlet i norsk teori, vil utenlandsk litteratur få en fremtredende plass. I tillegg vil noen nordiske dommer bli brukt, men hovedfokus vil ligge på internasjonale konvensjoner og den nye EU forordningen. En mer grundig oversikt over rettskildematerialet vil bli gitt i kapittel 2.

1.4 Den videre fremstillingen

I det følgende vil jeg først si noe om rettskildebildet for lovvalgsregler ved fullmaktsforhold i kapittel 2. Herunder skal både norske og europeiske rettskildefaktorer vurderes. Disse utgangspunktene danner fundamentet for den videre drøftelsen.

Deretter vil avhandlingen ta for seg lovvalgsreglene hvor partene har benyttet partsautonomien og foretatt et lovvalg i kapittel 3. Herunder vil det vurderes hvorvidt man i norsk internasjonal privatrett bør operere med ytterligere begrensninger på partsautonomien etter mønster fra internasjonal rett.

Videre drøftes situasjonen hvor et lovvalg ikke er foretatt i kapittel 4. Her vil betydningen av internasjonal rett ved fastsettelsen av lovvalget vurderes de lege lata. I kapittel 5 vurderes hvorvidt det foreligger andre lovvalgsregler for tilblivelsesmangler. Endelig vil hovedpunktene vil bli sammenfattet i kapittel 6, og med utgangspunkt i den forutgående analysen vil det bli vurdert hva som samlet sett vil være en fordelaktig lovbestemmelse hvor partene ikke selv har foretatt et lovvalg.

2 Rettskildebildet

Ettersom internasjonale kontrakter har et vidt spenn, varierer også lovvalgsreglene for de ulike kontraktstypene. For noen kontraktstyper er lovvalget lovregulert, slik som ved internasjonale løssørekjøp, se lov om mellomfolkeleg -privatrettslege reglar for lausøyrekjøp av 3. april 1964 nr. 1 (heretter intprkjl.). Ved andre kontraktstyper må lovvalget fastsettes på bakgrunn av ulovfestet rett, hvor en omfattende analyse av både norske og internasjonale dommer, teori og konvensjoner må vurderes. Lovvalgsreglene for fullmaktsforhold er et rettsområde hvor det ikke finnes en sikker rettsoppfatning av hvordan spørsmålet skal løses, og lovvalgsregelen må således fastlegges på bakgrunn av ulovfestet rett etter en analyse som skissert ovenfor.

Hvor det ikke foreligger lovbestemmelser eller konvensjoner som direkte regulerer lovvalget, er spørsmålet for erstatnings- og kontraktsrettens vedkommende i stor grad blitt regulert av formelen som ble fremsatt i høyesterettsdommen Irma-Mignon i Rt 1923 II s. 58. Dommen innførte den individualiserende metoden, som henviser til en nyansert helhetsvurdering for å avgjøre hvilket land kontraktsforholdet har sterkest tilknytning til. Et slikt vurderingsgrunnlag er basert på fleksible regler. Det medfører imidlertid også at lovvalgsreglene er lite bestemte og konkrete. Hvor partene ikke selv har foretatt et lovvalg gir Irma-Mignon formelen liten grad av forutberegnelighet.

Irma-Mignon dommen gjaldt erstatning utenfor kontrakt, og tok således ikke stilling til situasjoner hvor forholdet mellom partene er regulert gjennom avtale, slik som ved et fullmaktsforhold. Den individualiserende metoden er imidlertid benyttet gjennom en direkte henvisning til Irma-Mignon i flere dommer hvor partsforholdet er regulert ved kontrakt, jfr. Tampax-dommen i Rt. 1980 s. 243, Fotoblitz-dommen Rt. 1982 s. 1294 og Pharma-Food dommen Rt. 2006 s. 1008. I dag er det således sikker rett at prinsippet i Irma-Mignon kan brukes for å løse lovvalgsspørsmålet også i kontraktsforhold.

Et spørsmål både rettspraksis og teori har reist er hvorvidt man i fullmaktsforhold kan anvende intprkjl. analogisk. En slik rettskildebruk har imidlertid ikke fått gjennomslag i norsk rett, og årsakene til det skal gjennomgås i kapittel 4.

Videre finnes det lite norsk teori på området. Spørsmålet blir behandlet av Gaarder⁸ og Konow⁹, hvorved sistnevnte har den grundigste gjennomgangen av lovvalgsreglene i fullmaktsforhold. På grunn av begrenset litteratur i Norge er det naturlig å se på de andre skandinaviske landene. Sverige og Danmark er våre viktigste handelspartnere, og hensynet til uniformitet trekker i retning av at de skandinaviske landene bør ha tilnærmet like lovvalgsregler. En norsk rettsavgjørelse vil også lettere bli anerkjent i utlandet dersom den bygger på prinsipper som er internasjonalt anerkjent.¹⁰

I EU er rettssituasjonen for lovvalgsregler på kontraktsrettens område avklart i større grad enn i Norge. I EU-retten blir lovvalgsspørsmålet regulert av Roma konvensjonen av 19. juni 1980.¹¹ 17. juni 2008 ble imidlertid Forordning 593/2008¹², kalt Roma I-forordningen, vedtatt, og vil snart overta for Roma konvensjonen. Roma I-forordningen trer i kraft og får anvendelse på avtaler inngått etter 17. desember 2009, jfr. art. 28 og 29. Som det vil bli drøftet senere i avhandlingen er det foretatt til dels store forandringer i innholdet av reglene i den nye Roma I-forordningen. Roma konvensjonen ble vedtatt i 1980, og siden den tid har den internasjonale handelen eksplodert, noe som har resultert i behov for ny og tilpasset regulering. Dette forklarer imidlertid bare hvorfor bestemmelsene er blitt revidert, ikke hvorfor hele regelsettet er endret fra en konvensjon til en forordning. Årsaken til endringen er at EF-domstolen ved en forordning automatisk har kompetanse til å tolke reglene. Da Roma konvensjonen ble vedtatt, hadde ikke EF-domstolen adgang til å tolke konvensjonen ved prejudisielle spørsmål. I en felleserklæring het det imidlertid at medlemslandene ”ønsker at sikre en så effektiv gjennomførelse som mulig af konvensjonens bestemmelser og tilstræbelser at undgå, at forskjellige fortolkninger af konventionen skal skade dens enhedskarakter”.¹³ I 1988 ble to tilleggsprotokoller om domstolens fortolkningskompetanse utarbeidet, men de er enda ikke trådt i kraft. Ettersom tilleggsprotokollene ikke er blitt vedtatt, er det på kontraktsrettens område fremdeles ikke en homogen EU-rett for så vidt gjelder lovvalg. Dette skal Roma I-forordningen søke å rette opp i.

⁸ ”Gaarders innføring i internasjonal privatrett” av Lundegaard kapittel XIV.

⁹ ”Løsøre pant over landegrenser” av Konow kapittel 17.4.2.

¹⁰ Slike synspunkter er trukket frem i Rt. 1953 s. 1132, men det er tvilsomt hvorvidt det i virkeligheten forholder seg slik.

¹¹ Convention on The Law Applicable to Contractual Obligations, Rome, 19 June 1980. Konvensjonsteksten finnes blant annet på følgende internettside: http://www.rome-convention.org/instruments/i_conv_orig_en.htm

¹² Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I). Forordningen finnes blant annet på følgende internettside: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:01:EN:HTML>

¹³ International privat- og procesret” av Nielsen s. 488.

Foruten EU sin regulering av spørsmålet, er også Haag konvensjonen av 14. mars 1978¹⁴ om lovvalgsregler ved fullmaktsforhold av interesse som en rettskildefaktor. Haag konvensjonen er global, men verken Norge, Sverige eller Danmark har ratifisert konvensjonen.¹⁵ Likevel gir den uttrykk for et gjennomtenkt regelsett, og benyttes også som inspirasjon av andre land som ikke har ratifisert den.¹⁶

¹⁴ Convention on The Law Applicable to Agency, Hague, 14 march 1978.

Konvensjonsteksten finnes blant annet på følgende internettadresse: <http://www.hcch.net/>

¹⁵ Konvensjonen er ratifisert av Argentina, Frankrike, Nederland og Luxembourg.

¹⁶ ”International Handelsret” av Nielsen s. 234.

3 Hvor partene har foretatt et lovvalg

3.1 Hovedregelen er partsautonomi

3.1.1 Rettslig grunnlag for utgangspunktet om partsautonomi

Det at partene selv har foretatt et lovvalg er et utslag av partsautonomien. Partsautonomi betyr at partene selv har rett til å bestemme, og gjør seg gjeldende i ulik grad innenfor de forskjellige områdene i den materielle avtaleretten.¹⁷ Når det i utgangspunktet gis full partsautonomi i materiell rett, bør dette også gjelde lovvalget. Partsautonomi i forhold til lovvalget er også det naturlige utgangspunktet i de fleste staters internasjonale privatrett.¹⁸ Den nye Roma I-forordningen reflekterer denne praksisen, og har i likhet med sin forgjenger en bestemmelse i art. 3 om avtalefrihet for lovvalget.

I intprkjl. § 3 heter det at ”Kjøpet står under rettsreglane i det landet som kjøpar og seljar har avtala med reine ord eller som på annan måte går klårt fram av avtalen”.¹⁹ Selv om loven kun kommer til anvendelse på krav som direkte springer ut av det enkelte kjøp²⁰, er det klart at prinsippet om partsautonomi representerer gjeldene rett generelt i norsk internasjonal privatrett. Også ved andre klausuler om lovvalgsregler er hovedregelen at partene fritt kan bestemme hvilket lands rett som skal regulere partsforholdet.²¹ At hovedregelen er partsautonomi er så klart at Høyesterett ikke en gang stadfester utgangspunktet, men vurderer direkte hvorvidt partene har truffet et lovvalg. I Rt. 1948 s. 329 (på s. 331) heter det at ”kontrakten bestemmer at uoverensstemmelser avgjøres etter norsk rett med mindre partene enes om en annen fremgangsmåte”. Og i Rt. 1937 s. 888 (på s. 889) står det at angående spørsmålet ”om rettsforholdet mellom obligasjonsinnehaverne og den norske stat blir å bedømme efter norsk rett eller efter staten New Yorks rett skal jeg bemerke, at det i obligasjonenes tekst ikke uttrykkelig er sagt noe om hvilket lands lov her skal få anvendelse”.

¹⁷ For norsk avtaleretts vedkommende er dette en ubestridt rettssetning, se for eksempel ”Avtalerett” av Woxholt s. 78, ”Avtaleslutning og ugyldighet” av Hov s. 22 og ”Avtaler” av Giertsen s. 1.

¹⁸ Se ”International privat- og procesret” av Nielsen s. 572 flg. og ”Svensk internationell privat- och processrätt” av Bogdan s. 248.

¹⁹ Det samme følger av den svenske Løsørekjøpsloven IKL 3§1, se ”Svensk internationell privat- och processrätt” av Bogdan s. 268.

²⁰ Se for eksempel Fotoblitz-dommen i Rt. 1982 s. 1294, nærmere omtalt i kapittel 4.3.4.

²¹ ”Gaarders innføring i internasjonal privatrett” av Lundegaard s. 231 flg. og ”Løsørepant over landegrenser” av Konow s. 362.

3.1.2 Kan man bli bundet på bakgrunn av stilltiende adferd?

Selv om partene som utgangspunkt har full partsautonomi rundt lovvalgsspørsmålet, er det et spørsmål om hvor strenge krav som stilles før partene har kommet til enighet og faktisk foretatt et lovvalg. Det stilles ikke noen formkrav for lovvalget, og spørsmålet om hvilket lands rett som skal anvendes behøver således ikke være skriftlig.²² Det ville uansett være i strid med praksis på andre rettsområder å kreve at lovvalget skal være foretatt skriftlig.²³ En klar felles forståelse for at lovvalget er fattet må man likevel kreve.²⁴ Dette reiser spørsmål om en part kan bli bundet ved passivitet. For å fastlegge hvilke skranker som kreves for stilltiende aksept, må annen norsk og utenlandsk lovgivning på området vurderes.

Intrkj. utelukker ikke at valget blir bindende på bakgrunn av stilltiende adferd, men det må kreves klare holdepunkter for å legge det til grunn. Det er derfor utelukket at lovvalget treffes ved en ”hypotetisk” eller ”formodet” partsvilje.²⁵

Internasjonal rett trekker i samme retning. I Roma konvensjonen art. 3 nr. 2 første punktum står det at “The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case”. Dersom partene er blitt enig om et verneting kan det trekke i retning av et lovvalg, men er ikke i seg selv tilstrekkelig til å avgjøre lovvalget.²⁶ Stilltiende aksept er særlig aktuelt hvor man har flere omstendigheter som trekker i samme retning. I henhold til Nielsen er det avgjørende hvorvidt man, dersom det ses hen til alle sakens omstendigheter, ”kan konstatere, at partene har foretatt et faktisk lovvalg uten at dette uttrykkelig er angivet i kontrakten”.²⁷ I Giuliano-Lagarde rapporten heter det at ”the Convention recognizes the possibility that the Court may, in the light of all the facts, find that the parties have made a real choice of law although this is not expressly stated in the contract”.²⁸ Dersom avtalen inneholder henvisninger til nasjonal rett, kan dette tolkes som et lovvalg. Hvis avtalen for eksempel viser til code civil kan dette tolkes slik at partene har tatt et stilltiende valg om at fransk rett skal regulere avtalen. En hypotetisk partsvilje finnes det

²² ”Internasjonal privatret på formuerettens område” 4. utgave, København 2008 av Joseph Lookofsky og Kjetilbjørn Hertz s. 71.

²³ Sammenlign for eksempel intrkj. § 3 sitert ovenfor.

²⁴ ”International privat- og procesret” av Nielsen s. 499.

²⁵ ”Gaarders innføring i internasjonal privatrett” av Lundegaard s. 237.

²⁶ ”Internasjonal privatret på formuerettens område” av Lookofsky og Hertz s. 71.

²⁷ ”International privat- og procesret” av Nielsen s. 499.

²⁸ Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano and Paul Lagarde s. 16. Forarbeidene kan blant annet bli funnet på følgende internettside: http://www.rome-convention.org/instruments/i_rep_lagarde_en.htm

imidlertid ikke støtte for i konvensjonen.²⁹ Roma I-forordningen viderefører regelen i art. 3 nr. 1 første punktum.

Haag konvensjonen har en lignende bestemmelse i art. 5, 2. pkt.³⁰ Der heter det at lovvalget ”must be expressed or must be such that it may be inferred with reasonable certainty from the terms of the agreement between the parties **and** the circumstances of the case” (min understrekning og utheving). Haag konvensjonen gir således liten mulighet for stilltiende samtykke. Dersom vernetting er valgt kan det imidlertid være rom for å tolke kontrakten slik at det var underforstått at det landets regler også skulle komme til anvendelse.

Det er også naturlig å vurdere i hvilken grad norsk avtalerett generelt sett åpner for at partene kan binde seg ved stilltiende adferd. Her er hovedregelen at passivitet i seg selv ikke nok til at en av partene binder seg ved stilltiende adferd.³¹ Dette forutsettes også i European Principles artikkel 2:204 og UNIDROIT Principles artikkel 2.1.6. Passivitet kan imidlertid sammen med andre medvirkende årsaker føre til at en part blir bundet.³² På samme måte som i Roma konvensjonen og Haag konvensjonen er det således mulig at en henvisning til en lovregel eller valg av vernetting kan tolkes som en aksept for at avtalen også skal reguleres av det landets regler. Ettersom det på dette punktet er sammenfall mellom generelle norske avtalerettslige prinsipper og internasjonale reguleringer, gir det forholdsvis stor sikkerhet om at reglene også for fullmaktstilfellene bør praktiseres på samme måte. Det vil si at hvorvidt man i fullmaktsforhold kan bindes til en lovvalgsklausul ved stilltiende adferd, beror på en konkret vurdering hvor alle forhold tas i betraktning, slik som henvisning til lov eller valg av vernetting, og hvor man krever forholdsvis klare holdepunkter for å anse partene bundet ved passivitet.

3.1.3 Rettssystem fullmaktsforholdet ikke har tilknytning til

Partene står også fritt til å avtale bruk av et tredjeland sine materielle regler. I mange kommersielle forhold ser man for eksempel henvisning til britisk rett, selv om ingen av partene har tilknytning til Storbritannia.³³ I praksis vil dette sannsynligvis være mest aktuelt

²⁹ *Romkonventionen*, ”Tillämplig lag för avtaleförpliktelser” Stockholm 1998 av Lennart Pålsson s. 48 flg.

³⁰ ”International privat- og procesret” av Nielsen s. 572.

³¹ ”Avtalerett” av Woxholth s. 116.

³² ”Avtaler” av Giertsen s. 47, ”Avtaleslutning og ugyldighet” av Hov s. 84 og 85 og ”Avtalerett” av Woxholth s. 116.

³³ ”Gaarders innføring i internasjonal privatrett” av Lundegaard s. 237.

ved kjøpskontrakter, men det er ikke noe prinsipielt i veien for at det samme kan gjøres ved internasjonale fullmaktsforhold. Rettstilstanden er for eksempel usikker i partenes hjemlandsrett. De kan da ha helt legitime grunner for å ønske at kontrakten reguleres av ett lands rett hvor for eksempel spørsmålet om etterprovisjon har en sikker løsning. Det kan også hende begge partene ser behovet for å anvende et rettssystem med fleksible regler som legger få bånd på fullmaktsavtalen.

3.2 Preseptoriske regler som begrenser hovedregelen om partsautonomi?

3.2.1 Innledning

Som drøftet i de foregående avsnitt er hovedregelen at partene har full adgang til å avtale hvilket lands rett som skal regulere kontrakten. Avtalte lovvalgsregler er lite problematisk hvor de ellers anvendelige regler er deklarasjoniske. Hvor partene står fritt til å velge bort enkeltregler, bør de også kunne velge bort hele den materielle retten i det aktuelle landet. Lovvalget setter også preseptoriske regler til side, med mindre de er internasjonalt preseptoriske, jfr. kapittel 3.2.2. På den andre siden må partene akseptere preseptoriske regler i det valgte lands rett.

I dette delkapittelet skal det først redegjøres for de begrensninger på partsautonomien som følger av internasjonalt preseptoriske regler i norsk internasjonal privatrett. Begrensninger på partsautonomien er uttrykk for at full avtalefrihet kan føre til uakseptable omgørelser av lovverket.³⁴ Deretter følger en de lege ferenda vurdering av hvorvidt man i norsk bør innføre ytterligere begrensninger basert på internasjonal rett.

3.2.2 Begrensning etter internasjonalt preseptoriske regler

At de ulike landene kan operere med preseptoriske regler som gjelder uavhengig av lovvalget, er et prinsipp som er internasjonalt anerkjent. EU-retten har en bestemmelse i Roma konvensjonen art. 7 om internasjonalt preseptoriske regler.³⁵ Det heter her at “effect may be given to the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a close connection, if and in so far as, under the law of the latter country, those rules must be applied

³⁴ ”Internasjonal privat- og procesret” av Nielsen s. 498.

³⁵ ”Svensk internationell privat- och processrätt” av Bogdan s. 259.

whatever the law applicable to the contract”.³⁶ Bestemmelsen er således en kan-regel, som medfører at den domstol som er rett verneting må foreta en vurdering av hvorvidt preseptoriske regler fra et annet lands rettssystem skal få anvendelse på forholdet. Roma I-forordningen har en lignende bestemmelse i art. 9, men den har et snevrere anvendelsesområde enn forgjengeren. For det første setter den begrensninger på hvilken type preseptoriske regler som kan vurderes. Det må være bestemmelser som er svært viktige for å beskytte offentlige interesser slik som dets politiske, sosiale eller økonomiske organisasjon. Det lands preseptoriske regler som eventuelt skal anvendes, må være det landet hvor kontrakten er oppfylt eller skal oppfylles. Og reglene skal kun vurderes å komme til anvendelse dersom de medfører at oppfyllelse av kontrakten blir ulovlig. Også i Haag konvensjonen art. 16 finnes en tilsvarende bestemmelse.

For norsk retts vedkommende er det ikke formålmessig eller mulig å liste opp alle bestemmelser som kan kategoriseres som internasjonalt preseptoriske. Ved internasjonale fullmaktsforhold er det imidlertid to situasjoner hvor norske materielle regler kommer til anvendelse uavhengig av hvilket lovvalg partene har foretatt.³⁷ Det gjelder hvor fullmaktsforholdet er en del av et agenturforhold eller et ansettelsesforhold.

3.2.2.1 Begrensning hvor fullmaktsforholdet er et ledd i et agenturforhold

Et eksempel på at partenes lovvalg kan være problematisk, er hvor fullmaktsforholdet er et ledd i et agenturforhold. I henhold til agenturloven av 19. februar 1996 nr. 56 § 1 (heretter agl.) er en handelsagent en person som i næringsvirksomhet ”har påtatt seg selvstendig og over tid å virke for salg eller kjøp av varer for hovedmannens regning ved å innhente ordrer til hovedmannen eller ved å inngå avtaler i hovedmannens navn”. Flere fullmaktsforhold kan på denne bakgrunn også karakteriseres som et agenturforhold. Avgjørende er hvor selvstendig fullmektigens stilling er, og over hvor lang tid fullmaktsforholdet skal bestå. Et eksempel på

³⁶ Internasjonalt preseptoriske regler var imidlertid anerkjent i flere av medlemslandene før Roma konvensjonen ble vedtatt. I den nederlandske Alnati saken (Nederlandse Jurisprudentie 1967, s. 3, publisert i the French in Rev. crit., 1967, s. 522) ble det uttalt at “it may be that, for a foreign State, the observance of certain of its rules, even outside its own territory, is of such importance that the courts must take account of them, and hence apply them in preference to the law of another State which may have been chosen by the parties to govern their contract”. Denne dommen var utgangspunktet for art. 13 (2) i Benelux konvensjonen fra 1969 om uniforme regler for internasjonal privatrett. Bestemmelsen fastsatte at ”where the contract is manifestly connected with a particular country, the intention of the parties shall not have the effect of excluding the provisions of the law of that country which, by reason of their special nature and subject-matter, exclude the application of any other law”. Konvensjonen ble imidlertid ikke ratifisert. For mer informasjon se Guiliano-Lagarde rapporten.

³⁷ Disse reglene vil i alle fall norske domstoler anse som internasjonalt preseptoriske. Hvorvidt en utenlandsk domstol vil gi reglene samme effekt, beror på landets egen internasjonale privatrett.

at et selskap var både fullmektig og agent finnes i Rt. 1997 s. 1646.³⁸ Fullmektigens arbeid var å skaffe og gjennomføre boreoppdrag på den norske kontinentalsokkelen. Det fremkommer ikke klart av dommen hvor lenge fullmektigen jobbet for fullmaktsgiveren, men det ser ut til at arbeidet i alle fall hadde en varighet på to år.

Hvor fullmaktsforholdet også blir definert som et agenturforhold fastsetter agl. § 3 at "[e]n bestemmelse som etter loven er ufravikelig, kan ikke settes til side til skade for handelsagenten (...) gjennom en avtale om at fremmed rett skal anvendes på forholdet, dersom rettsforholdet uten lovvalgsavtalen ville bli å bedømme etter norsk rett". Bestemmelsen bygger på tilsvarende regel i EF-direktiv av 18. desember 1986 (86/653/EØF) om handelsagenter, og gir et eksempel på hvordan lovgiver har begrenset partsautonomien. Tilsvarende begrensning finnes også i den danske handelsagenturloven § 1 nr. 2 og 3.³⁹ Bestemmelsen regnes således som en internasjonal preseptorisk regel.

3.2.2.2 Begrensning hvor fullmaktsforholdet er en del av et ansettelsesforhold

Et annet eksempel på at partsautonomien kan begrenses på arbeidsrettens område finnes i Rt. 1985 s. 1319.⁴⁰ Dommen baserer seg på en tolkning av den opphevede arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 nr. 4, men det finnes ikke holdepunkter for at rettsstilstanden har endret seg etter vedtagelsen av den nye arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 nr. 62 (heretter aml.). Også sistnevnte lov har en bestemmelse om ufravikelighet i § 1-9, og ettersom arbeidstakers stilling i norsk rett i alle fall ikke er blitt svekket siden 1985, må det antas at rettssetningen fortsatt er gjeldende rett.

Dommen gjaldt en utenlandsk arbeidsgiver som inngikk en arbeidsavtale med en utenlandsk arbeidstager som skulle rotere mellom arbeidsplasser i forskjellige land, hvorav Norge kunne være ett av dem. Arbeidsgiver hevdet at hvor lovbestemmelsene kan "tolkes slik at hvor det kan være tvil om lovvalget eller vernetingsvalget vil det normalt kunne avtales hvilket lands rett som skal få anvendelse eller hvilket lands domstoler som skal håndtere rettsvister".⁴¹

³⁸ Tittelen fullmektig er ikke begrenset til fysiske personer. Det omfatter også juridiske personer, slik som et selskap, se kapittel 1.2.

³⁹ "International Handelsret" av Nielsen s. 240.

⁴⁰ I "Svensk internationell privat- och processrätt" s. 254 kaller Bogdan arbeidskontrakter for "weak-party contracts". Arbeidstakers svake stilling er grunnen til at lovgiver har gitt denne gruppen et ekstra vern.

⁴¹ Argumentet ble hentet fra "Kontinentalsokkelens Arbeidsrett" Oslo 1984 av Henning Jakhelln s. 193.

Høyesterett var imidlertid ikke enig i denne tolkningen. Lagmannsretten ”tolket bestemmelsene i arbeidsmiljøloven § 61 jfr. § 5 slik at det bare er ved kortvarige arbeidsforhold i Norge at loven kan fravikes” ved en avtale om lovvalg (min understrekning). Denne uttalelsen fikk støtte av en enstemmig Høyesterett. Det betyr at hvor et fullmaktsforhold igjen er en del av et ansettelsesforhold, vil partsautonomien være begrenset hvor arbeidsforholdet ikke er av kortvarig karakter. Et fullmaktsforhold vil også være et ansettelsesforhold hvor fullmektigen for eksempel henter sin myndighet fra en stillingsfullmakt.⁴² Hvor lenge arbeidsforholdet kan vare før det ikke lenger blir karakterisert som kortvarig er usikkert. Subsumsjonsspørsmålet ble rutinemessig ikke prøvd av Høyesterett i Rt. 1985 s. 1319. Gulating lagmannsretten fant derimot at 17 måneder var for lenge, og arbeidsgiver var således bundet av de preseptoriske norske lovvalgsreglene. Hva som er kortvarig bør fastsettes i hver enkelt sak, basert på type arbeid, arbeidssted etc. Det som er fastlagt er at hvor arbeidstaker har vært ansatt i 17 måneder eller mer, kan partene normalt ikke fravike arbeidsmiljølovens bestemmelser ved avtale om lovvalg.

Det kan imidlertid reises spørsmål om hvor langt skrankene for partsautonomien egentlig rekker. Dette da begrensningen eksplisitt bare gjelder arbeidsforhold i Norge. Ordvalget ”arbeidsforhold i Norge” kan sammenlignes med ordlyden i agl. § 3 som begrenser partsautonomien ”dersom rettsforholdet uten lovvalgsavtalen ville bli å bedømme etter norsk rett” (min understrekning). Man kan således ikke automatisk trekke den slutning at rettssetningen også vil være anvendelig på arbeidsforhold hvor arbeidet har en sterk tilknytning til norsk rett, men utføres i utlandet. Ta som eksempel en norsk arbeidstaker som underskriver en avtale i Norge om fast arbeid⁴³ for et norsk firma, men har arbeidssted i Danmark.⁴⁴ Dersom man forutsetter at norsk rett uten lovvalgsavtalen ville regulert kontrakten,⁴⁵ blir spørsmålet hva som er situasjonen hvor avtalen har en klausul om å bruke sveitsisk rett. Dersom den ansatte hadde arbeidet i Norge, ville han ikke kunne gi opp sine rettigheter etter arbeidsmiljøloven, jfr. Rt. 1985 s. 1319. Rekkevidden til vernet av arbeidstaker er således ikke endelig avklart i rettspraksis, og kan gi rom for tvil om hvor sterk beskyttelse arbeidstaker er gitt.⁴⁶

⁴² Se kapittel 1.2.

⁴³ Det forutsettes således at arbeidsforholdet ikke er kortvarig.

⁴⁴ Dersom arbeidstaker saksøker arbeidsgiver, åpner Luganokonvensjonen art. 2 for at saken kan gå for norske domstoler.

⁴⁵ Noe som vil være nærliggende etter Irma-Mignon formelen, se kapittel 4.3.2.

⁴⁶ For en grundigere drøftelse av spørsmålet se kapittel 3.2.4.4.3.

3.2.3 Begrensning etter ordre public

Ordre public er et internasjonalt anerkjent prinsipp som gjør at statene kan unnlate å anvende en annen stats rett, selv om den er anvendelig på bakgrunn av lovvalgsavtalen. Dette kan gjøres dersom en regel er åpenbart uforenlig med statens egen rettsoppfatning.⁴⁷

En begrensning av partsautonomien på bakgrunn av ordre public finnes også i EU-retten i art. 17 og art. 21 i henholdsvis Roma konvensjonen og Roma I-forordningen.⁴⁸

Også i Haag konvensjonen er prinsippet om ordre public fastsatt i art.17.

I norsk rettspraksis finnes en uttalelse om bruk av ordre public på kontraktrettens område. I Rt. 1931 s. 1185 (s. 1186) uttalte førstvoterende at ”Som en helt selvstendig grunn til at anvende norsk rett vil jeg ogsaa nevne, at det her er spørsmaal om kontraktens ugyldighet paa grunn av svik fra den ene parts side. Derav følger nemlig at dersom svik efter vedkommende fremmede retts ordning ikke skulde ha de samme alvorlige rettsfølger som efter norsk rett, vilde en norsk domstol være avskaaret fra at legge de fremmede rettsregler til grunn”.^{49 50} Ordre public er imidlertid ikke særlig aktuelt ved kommersielle kontraktsforhold, og problemstillinger av denne type dukker sjelden opp.

3.2.4 Bør begrensninger i internasjonal rett også gjøres gjeldende i norsk rett?

3.2.4.1 Innledning

Ovenfor er det redegjort for flere begrensninger som følger av norsk rett. Spørsmålet som skal drøftes de lege ferenda i dette avsnittet er hvorvidt det også bør innføres flere begrensninger basert på internasjonal rett. Før detaljene på området drøftes, vil det først bli redegjort for hvorfor det eventuelt vil være aktuelt å supplere de norske reglene med internasjonal rett.

3.2.4.2 Begrunnelsen for hvorfor uniforme regler vektlegges

Globalisering og økt internasjonalt samarbeid medfører at norsk rett til en viss grad blir påvirket av utenlandsk rett. Lovgivningssamarbeidet mellom Norge, Sverige og Danmark på

⁴⁷ ”Gaarders innføring i internasjonal privatrett” av Lundegaard s. 27.

⁴⁸ ”Svensk internationell privat- och processrätt” av Bogdan s. 73 flg. og ”International privat- og procesret” av Nielsen s. 62 flg.

⁴⁹ ”Løsøre pant over landegrenser” av Konow s. 384.

⁵⁰ For grundigere drøftelse om hvilke lovvalgsregler som gjelder ved tilblivelsesmangler, se kapittel 5.

kontraktrettens område er et eksempel på at vi på noen områder forsøker å ha likt regelverk som de andre nordiske landene. I all hovedsak er det likevel norske forhold og interesser som skal vurderes og vektlegges idet reglene utformes. Når lovvalgsregler skal fastsettes, er det imidlertid også andre hensyn som gjør seg gjeldende. Reglene skal ikke kun tilpasses det norske samfunnet, men skal også fungere i internasjonal sammenheng. Dette er det flere grunner til.⁵¹

Det mest opplagte er at hvor spørsmålet om lovvalgsregler dukker opp, er forholdet alltid av en internasjonal karakter. For det andre er forutberegnelighet for partene et svært viktig moment. Det vil kunne komme overraskende på partene at land som tilhører samme rettstradisjon skal ha ulike lovvalgsregler. Dersom de ulike landene opererer med ulike løsninger, vil det også lett bli et system som er enkelt å utnytte for den sterke parten. Den sterke part kan finne ut hvilket land som har de mest "fordelaktige"⁵² lovvalgsreglene og velge det landet som rett vernet. Slike vernetingsavtaler er tillatt i stor grad.⁵³ Dersom internasjonale konvensjoner som Norge ikke har ratifisert opererer med flere begrensninger på partsautonomien enn Norge, kan vi oppleve at noen ønsker å bruke Norge som vernet utelukkende for å slippe unna reguleringen i andre land. En slik "vernetingsshopping" vil nesten utelukkende gå ut over den svake part, som ikke har kunnskap eller ressurser til å finne ut hvilke konsekvenser lovvalget får for han.

Videre er det viktig med enhetlige løsninger for å fremme internasjonal samhandel. Årsaken er at ulike løsninger i de forskjellige landene vil skape dårlig forutberegnelighet, noe som igjen kan medføre at man er mindre villig til å inngå kontrakter på tvers av landegrensene. Ved ulike lovvalgsregler vil partene være prisgitt de internasjonale privatrettslige reglene i det landet hvor saken kommer opp. Som angitt i kapittel 1.1 er hovedregelen i Luganokonvensjonen art. 2 at sak må anlegges i det landet hvor saksøkte bor. Eventuelt kan søksmål anlegges i landet hvor forpliktelsen skal oppfylles, jfr. art. 5 nr. 1. Når fullmaktsgiver og fullmektig bor i forskjellige land, som igjen har forskjellige lovvalgsregler, vil utfallet av saken kunne være avhengig av hvem som går til sak.

⁵¹ Se "Løsørepann over landegrensar" av Konow s. 237 flg., "Gaarders innføring i international privatrett" av Lundegaard s. 86 flg., "International privat- og procesret" av Nielsen s. 22 flg. og "Svensk internationell privat- och processrätt" av Bogdan s. 28 flg.

⁵² I denne sammenheng vil det være de lovvalgsreglene som setter minst begrensninger på partsautonomien.

⁵³ Se Luganokonvensjonen art. 17 nr. 1 som bestemmer at "Har partene, når minst en av dem har bosted i en Konvensjonstat, avtalt at en domstol eller domstolene i en Konvensjonstat skal være kompetente til å avgjøre noen tvist som har oppstått eller måtte oppstå i et bestemt rettsforhold, er den eller disse domstolene enekompetente". Dette kalles forum shopping.

Endelig er det viktig å notere at disse hensyn gjør seg spesielt gjeldende i forhold til EU-retten ettersom alle EU-landene allerede har sammenfallende regler om lovvalgsavtaler. Norge er ett av få vestlige land i Europa som står utenfor unionen, og det vil være særlig uheldig om vi har regler som avviker fra resten av kontinentet.

Avsnittene ovenfor peker på de viktigste årsakene til at uniforme regler vektlegges.

Spørsmålet i forlengelsen er hvorvidt det i internasjonal rett finnes ytterligere begrensninger i partsautonomien som bør anvendes i norsk internasjonal privatrett som følge av hensynet til uniforme regler. I første rekke er det Roma konvensjonen og Roma I-forordningen fra EU-retten og Haag konvensjonen fra internasjonal rett det er aktuelt å vurdere. Først skal det redegjøres for begrensningene i internasjonal rett. Deretter følger en de lege ferenda drøftelse av hvorvidt noen av begrensningene bør anvendes også i norsk internasjonal privatrett.

3.2.4.3 Ytterligere begrensninger på partsautonomien i EU-retten

Lovvalsreglene i EU-retten er i dag samlet i Roma konvensjonen. Som nevnt i kapittel 2, blir imidlertid konvensjonen snart avløst av den nye Roma I-forordningen.

Både Roma konvensjonen og Roma I-forordningen har som utgangspunktet at partene står fritt i sitt lovvalg, jfr. art. 3 i begge reguleringene. Partene har også mulighet til å endre på en lovvalgsklausul, eller bli enig om en slik bestemmelse dersom det ikke tidligere er gjort, jfr. art. 3 nr. 2. EU-retten inneholder imidlertid flere begrensninger på partsautonomien og to sentrale begrensninger for denne avhandlingen skal gjennomgå i det følgende.

I Roma konvensjonen art. 3 nr. 3 er det inntatt en begrensning som skal hindre at partene unngår preseptoriske materielle regler fra det landet som ville regulert kontrakten dersom et lovvalg ikke var foretatt. Vilåret er at "all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one country only". Det betyr at dersom alle andre moment ved kontrakten peker i retning av for eksempel Danmark, kan man ikke ved å innta en lovvalgsklausul unngå de preseptoriske reglene i dansk rett. Denne bestemmelsen blir også videreført i Roma I-forordningen art. 3 nr. 3. Unntaksreglen styrker i særlig grad den svake partens stilling i et fullmaktsforhold. Dette da lovgiver ønsker å begrense den sterke parts mulighet til å avtale seg bort fra preseptoriske bestemmelser.

Videre følger det særlige begrensninger for arbeidskontrakter i art. 6 nr. 1. Det heter her at en lovvalgsklausul ikke vil frata den ansatte rettigheter som følger av preseptoriske regler som ville vært anvendelig dersom et lovvalg ikke var foretatt, jfr. art. 6 nr. 2. Hovedregelen er at kontrakten reguleres av retten i det landet hvor arbeidstaker normalt utfører sitt arbeid, selv om han er midlertidig ansatt i et annet land. For fullmaktsforholdene vil det si at dersom fullmektigen er å anse som en arbeidstaker og vanligvis utfører sitt arbeid i Sverige, får svenske preseptoriske arbeidsrettslige regler anvendelse, selv om lovvalgsklausulen har utpekt et annet lands rett.

Spesielt innenfor arbeidsretten er det mange preseptoriske regler som styrker arbeidstakers posisjon på bekostning av arbeidsgiver. Unntaksregelen i EU-retten går på dette punktet lenger enn norsk rett, noe som skal drøftes i kapittel 3.2.4.4.3. Roma I-forordningen viderefører også her Roma konvensjonen sin regulering.

3.2.4.4 Bør de ytterligere begrensningene i EU-retten også innføres i norsk rett?

3.2.4.4.1 Innledning

Som de to foregående avsnittene viser, er det på det EU-rettslige plan flere begrensninger på partsautonomien enn det som følger av norsk internasjonal privatrett. Den følgende drøftelsen er en de lege ferenda vurdering av hvorvidt det i norsk rett bør innføres ytterligere begrensninger på partsautonomien på bakgrunn av hensynet til uniforme regler.

3.2.4.4.2 Mandatory rules

Det første spørsmålet er hvorvidt vi trenger en begrensning for lovvalget hvor alle andre momenter ved kontrakten peker i retning av ett annet land på kontraktstidspunktet, jfr. Roma konvensjonen og Roma I-forordningen art. 3 nr. 3. I følge Giuliano-Lagarde rapporten var ekspertene på den ene siden skeptisk til å tillate at rettsforholdet ble regulert av et lands lover dersom alle andre momenter ved kontraktsinngåelsen utelukkende pekte i en annen retning. På den andre siden var spesielt Storbritannia sine eksperter kritisk til å innskrenke avtalefriheten til partene hvor lovvalget virket rimelig, ble avtalt i god tro og kunne tjene beskyttelsesverdige interesser. Det ble fremhevet at partsautonomien bare burde begrenses

ved spesielle omstendigheter, slik som ved preseptoriske regler.⁵⁴ Slik ble også den endelige bestemmelsen, som er videreført i Roma I-forordningen.

En lignende begrensning finnes ikke i norsk rett, og spørsmålet er om også Norge bør operere med en slik skranke på partsautonomien. Utgangspunktet om partenes frie valg står sterkt i norsk rett, og det bør ikke uten tungtveiende grunner innføres ytterligere restriksjoner. En slik regulering vil også i noen grad redusere forutberegneligheten for partene, som vil anta at deres lovvalg vil være gyldig. Man kan imidlertid forholdsvis enkelt bøte på dette ved å plassere en eventuell begrensning på partsautonomien i en ny lov.⁵⁵

En slik begrensning har også gode grunner for seg. Dersom lovvalget er eneste tilknytning til et land, er det tydelig at fullmaktsforholdet har vesentlig større tilknytning til et annet land. Selv om partene i utgangspunktet står fritt til å velge et land som kontrakten ikke er tilknyttet til, vil situasjonen være noe annen når alle andre moment trekker i retning av ett land. I tillegg er det viktig å se bestemmelsen i lys av begrensningen som ligger i ”mandatory rules”. Det er altså bare preseptoriske regler i det landet kontrakten er knyttet til som overstyrer partenes lovvalg. Med tanke på at de preseptoriske reglene ofte er til beskyttelse av den svake part, vil det være rimelig at disse kommer til anvendelse på tross av lovvalget.

Sett hen til at samtlige land i EU opererer med denne begrensningen på partsautonomien, er det lite heldig at Norge ikke har adoptert en lignende regel. Dette hensynet gjør seg gjeldende med stor tyngde ettersom Norge gjennom EØS-avtalen har økende handel med EU, og behovet for ensartede regler på kontaktrettens område er stort. Både den konkrete rimeligheten av selve bestemmelsen og hensynet til uniforme regler i Europa taler for at Norge bør operere med en lignende begrensning på partsautonomien.

3.2.4.4.3 Ansettelsesforhold

EU-retten fastsetter videre at en lovvalgsklausul ikke vil frata den ansatte rettigheter som ville vært anvendelig dersom et lovvalg ikke var foretatt, jfr. Roma konvensjonen art. 6 nr. 1, videreført i Roma I-forordningen art. 8 nr. 1. I henhold til art 6 nr. 2 er det fullmektigens arbeidssted som er avgjørende hvor et lovvalg ikke er foretatt. Det er viktig å understreke at

⁵⁴ Uttalelsene fra forarbeidene er hentet fra Giuliano-Lagarde rapportens bemerkninger til art. 3 nr. 3.

⁵⁵ Bestemmelser om partsautonomi og unntak fra denne bør samles i samme lov som den anbefalte norske lovregelen hvor et lovvalg ikke er foretatt, se kapittel 6.

dersom den anvendelige loven etter andre ledd gir den ansatte større rett enn det som følger av lovvalgsavtalen, er ikke lovvalget helt uten effekt. I et slikt tilfelle vil loven partene har valgt i prinsippet fortsatt regulere forholdet. I den grad loven som følger etter andre ledd gir den ansatte bedre beskyttelse enn lovvalgsavtalen, for eksempel kortere arbeidsuker, vil disse bestemmelsene sette reglene i den valgte loven tilside og være anvendelig istedenfor.

I henhold til Giuliano-Lagarde rapporten er bakgrunnen for unntaket ønsket om å finne en mer passende ordning for kontrakter hvor avtalepartene har motstridende interesser.⁵⁶

Samtidig var formålet å sikre en mer tilstrekkelig beskyttelse av den part som fra et sosialøkonomisk standpunkt er å betrakte som den svake kontraktsparten.

Norsk rett har også sett behovet for å beskytte arbeidstaker i større grad enn andre kontraktsparter, men gir likevel en svakere beskyttelse enn EU-retten. Som drøftet i kapittel 3.2.3 ovenfor, fastsatte Høyesterett i Rt. 1985 s. 1319 at det gjelder begrensninger på partsautonomien hvor en ansatt utfører arbeid i Norge. I EU retten gjelder begrensningen hvor et annet lands rett foruten lovvalgsklausulen ville kommet til anvendelse. I praksis vil likevel ikke denne ulikheten medføre noen stor forskjell. Dette da anvendelig rett etter EU-retten som utgangspunkt er fullmektigens arbeidssted, jfr. art. 6 nr. 2.

Videre gjelder det norske vernet kun arbeidsforhold som ikke er kortvarig, mens det i EU-retten ikke finnes en lignende begrensning. Et moment er også at den norske regel gir mindre forutberegnelighet, ettersom det er usikkert hvor grensen for et kortvarig arbeidsforhold settes.

Norsk rett har således en svakere og mer usikker rettsstilling enn Europa. Det betyr videre at arbeidstaker kan være tjent med at saken kommer opp i et EU-land, istedenfor i Norge. Ved vurderingen er det viktig å vektlegge den tradisjonen Norge har hatt de siste tiårene med å gi den svake part, slik som forbruker og arbeidstaker, et sterkere vern enn en alminnelig kontraktspartner. Generelt sett har Norge gått foran som eksempel for resten av Europa på dette området og har alltid vært raskt ute med å hindre at de sterke kontraktspartene får for

⁵⁶ Merknad til art. 6 i forarbeidene.

store fordeler på bekostning av den svake part.⁵⁷ Det er derfor spesielt at Norge faktisk ligger etter resten av Europa på dette området.⁵⁸

De preseptoriske arbeidsrettslige reglene er nesten utelukkende gitt med tanke på arbeidstaker. Lovgiver kan stort sett gå ut i fra at arbeidsgiver klarer å ivareta egne interesser på en tilstrekkelig måte. Arbeidsgiver opererer i stor grad med standardkontrakter som det er vanskelig for en individuell arbeidstaker å reforhandle. Ved at lovgiver setter skranker for hva som lovlig kan avtales, sikres arbeidstaker i stor grad mot dårlige kontraktsvilkår og urimelig behandling. Nivået på arbeidstakers beskyttelse varierer mellom de ulike landene, og det vil være uheldig om arbeidsgiver skal kunne omgå arbeidstakers vern ved å henvise til en lovvalgsklausul ved kortvarige arbeidsforhold eller arbeid i utlandet. Både konkrete rimelighetshensyn, hensynet til forutberegnelighet, en sikker rettstilstand samt hensynet til uniforme regler i Europa, tilsier på det sterkeste at en tilsvarende bestemmelse bør innføres i norsk rett.

3.2.4.5 Ytterligere begrensninger på partsautonomien i Haag konvensjonen

I likhet med både norsk rett og EU-retten opererer Haag konvensjonen med partsautonomi som hovedregel, jfr. art. 5. Også Haag konvensjonen opererer imidlertid med flere begrensninger på partenes frihet, og samsvarer i vesentlig grad med EU-retten.

Den viktigste begrensningen er at kapittel II, hvor bestemmelsen om partsautonomi er plassert, ikke er anvendelig for arbeidskontrakter, jfr. art. 10. I likhet med EU-retten gir således Haag konvensjonen et svært sterkt vern til arbeidere, som arbeidsgiver ikke kan avtale seg bort fra.

Art. 9 fastsetter videre at uavhengig av hvilket lands lov som regulerer forholdet, skal det tas hensyn til loven på oppfylleelsesstedet for så vidt gjelder fremgangsmåten ved oppfyllelsen.

⁵⁷ Et eksempel på Norges vern til den svake part er at forbrukerne er gitt en absolutt reklamasjonsfrist på fem år, jfr. Forbrukerkjøpsloven av 21. juni 2002 nr. 34 § 27 (2). Norge er imidlertid pålagt å redusere reklamasjonstiden for å få sammenfallende regler med EU.

⁵⁸ Ved spørsmål om lovvalsregler er det imidlertid ikke et fremmed problem at norsk rett gir en dårligere beskyttelse enn Europa. Lovvalsreglene ved forbrukerkjøp er temaet i Berte-Elen Konow Reinertsen sin artikkel "Vernet og rettsvalg ved internasjonale forbrukerkjøp" i "Rett og toleranse: Festskrift til Helge Johan Thue", Bergen 2007 s. 271 flg. Hun konkluderer på s. 288 med at "[n]år det gjelder spørsmålet om rettsvalg i internasjonale forbrukerkjøp, må vi kunne slå fast at vi i norsk rett ikke gir et like godt vern som de statene vi ellers gjerne sammenligner oss med i Europa".

Oppfylleelsesstedet vil normalt være det land hvor fullmektigen har sitt forretningssted eller bopel. Det finnes også ytterligere begrensninger i art. 7, men de vil ikke bli gjennomgått ettersom de ikke er av interesse for avhandlingen.

3.2.4.6 Bør de ytterligere begrensningene i Haag konvensjonen også innføres i norsk rett?

Til slutt er spørsmålet om man i norsk rett også bør innføre ytterligere begrensninger på partsautonomien basert på Haag konvensjonen.

I likhet med Roma konvensjonen opererer Haag konvensjonen med et unntak fra partsautonomien ved arbeidskontrakter. Det faktum at begge konvensjonene gir arbeidstaker et større vern enn norsk rett til nå har vært villig å gi, taler med tyngde for at vernet til arbeidstaker bør utvides også i Norge.

Begrensningen i art. 9, som bestemmer at det uansett skal tas hensyn til loven på oppfylleelsesstedet for så vidt gjelder fremgangsmåten ved oppfyllelse, har derimot ikke en motpart i EU-retten. Jeg kan heller ikke se at det er et stort behov for en slik regel. Det kan også legges til at regelen ikke er en absolutt regel, men en bestemmelse som gir domstolen rom for å vurdere loven på oppfylleelsesstedet. En slik skjønnsmessig regel vil også påvirke forutberegneligheten til partene, som ikke på forhånd kan være sikker på hvorvidt domstolen vil vektlegge oppfylleelsesstedets lovregler.

Ettersom Haag konvensjonen spesifikt regulerer fullmaktsforhold er det nærliggende å tro at dens regulering vil kunne gi svært gjennomtenkte og gode begrensninger for partsautonomien. Etter min mening er imidlertid Roma konvensjonen og Roma I-forordningen sin regulering mer treffende selv for fullmaktsforhold. Dette kan også være et utslag av at Haag konvensjonen er over 30 år gammel, og således ikke har fanget opp de nye tendensene i internasjonal rett. Roma I-forordningen derimot ble vedtatt i 2008 og nyter fordelen av å være av nyere dato og dermed mer oppdatert på endringer som har funnet sted etter 80-tallet.

4 Hvor partene ikke har foretatt et lovvalg

4.1 Innledning

Hvor partene ikke selv har benyttet seg av partsautonomien og foretatt et lovvalg, er spørsmålet hvordan man avgjør hvilket lands rett som regulerer fullmaktsforholdet. Ettersom Norge verken har ratifisert Haag konvensjonen om fullmaktsforhold eller er medlem av EU, kan ikke lovvalgsspørsmålet fastsettes direkte på bakgrunn av disse reguleringene. Løsningen beror på ulovfestet internasjonal privatrett. For å fastsette hvordan rettsspørsmålet skal avgjøres, vil det i fortsettelsen først bli vurdert analogi fra en nærliggende lov om internasjonale løsørekjøp. Deretter vil spørsmålet bli drøftet de lege lata på bakgrunn av rettspraksis, teori, EU-retten og Haag konvensjonen.

4.2 Analogi fra den internasjonale privatkjøpsloven?

Et spørsmål som har vært drøftet i både teori og rettspraksis er hvorvidt man kan anvende intprkjl. analogisk på forholdet mellom fullmaktsgiver og fullmektig. I utgangspunktet gjelder loven kun for løsørekjøp som har tilknytning til mer enn ett land, jfr. § 1. Spørsmålet om fullmaktsgiveren blir bundet av fullmektigens handlinger er i § 2 b uttrykkelig holdt utenfor loven. Problemstillingen er hvorvidt loven foruten dette spørsmålet også kan regulere forholdet mellom fullmaktsgiver og fullmektig, herunder lovvalgsspørsmålet. Ettersom loven er utformet for løsørekjøp, vil reglene ved en eventuell analogi kunne være vanskelig å tilpasse fullmaktsforhold. Dette da det er andre kontraktsmessige problemstillinger som gjør seg gjeldende ved et fullmaktsforhold enn ved et kjøp. Lovens § 4 bestemmer for eksempel at hvor partene ikke selv har foretatt et lovvalg, skal selgers bosted være avgjørende. Ved et fullmaktsforhold er det uklart hvem som eventuelt skal anses som selger. Det vil trolig avhenge av partsrelasjonen.

En forholdsvis samlet juridisk teori har uansett vært negativ til å benytte en slik analogi på fullmaktsforhold. Konow er for eksempel kritisk til å anvende intprkjl. analogisk utenfor kjøpsrettens område.⁵⁹ Hun mener det er bedre å fange opp tendenser som har kommet til uttrykk for eksempel i EU-lovgivingen og anvende disse. Dette da utviklingen i internasjonal privatrett har vært stor siden loven kom i 1965. Hensynet til å fange opp nye tendenser gjør seg spesielt sterkt gjeldende med den nye Roma I-forordningen, som har utformet

⁵⁹ "Løsøre pant over landegrenser" av Konow s. 235.

bestemmelser basert på den aller nyeste praksis og teori på den internasjonale privatrettens område.

Ole Lando argumenterte i 1965 med motsatt syn. Han hevdet da at det enkelte kjøp og eneforhandleravtalen skulle være underkastet samme lov.⁶⁰ Overført til norsk rett vil det medføre at i eneforhandlersituasjoner burde både kjøpet av varer (som allerede reguleres av intprkjl.) og selve eneforhandleravtalen være underlagt intprkjl. Lando forlot imidlertid dette synet i artikkelen ”Mellemanden og forhandleren i den internationale privatret” i TfR 1979 s. 411. På s. 440 viser han til den danske SØ- og Handelsretsdom av 25. november 1959 hvor dansk rett ble anvendt på en eneforhandleravtale mellom en sveitisk leverandør og en dansk forhandler med den begrunnelse at ”kontrakten drejede sig om udførelse af arbejde her i landet”.⁶¹ Lando konkluderer deretter med at hvor forhandleren kun markedsfører varen i det landet hvor han har sitt forretningssted, gjelder loven i det landet hvor han utfører sitt arbeid. Lando har således gått bort fra sitt tidligere syn, noe som også ble stadfestet i Rt. 1980 s. 243 (s. 246).

Heller ikke norsk rettspraksis har akseptert analogisk bruk av intprkjl. Rettskildebruken ble forkastet i både Rt. 1980 s. 243 (heretter Tampax-dommen) og Rt. 1982 s. 1294 (heretter Fotoblitz-dommen). Det nærmere innholdet av disse to sentrale dommene skal gjennomgås i kapittel 4.3.3 og 4.3.4. Begge dommene gjaldt en eneforhandleravtale hvor forhandleren kjøpte varene av en utenlandsk leverandør. Ordningen kan derfor ikke karakteriseres som et fullmaktsforhold. Sakene gjaldt imidlertid etterprovisjon og erstatning p.g.a. tap renommé, to forhold som ligger svært nær ordningen ved fullmaktsforhold. Uttalelsene i dommene kan således gi god veiledning ved fastsettelse av lovvalget i fullmaktsforhold.⁶²

Den første problemstillingen dommene tar opp er hvorvidt intprkjl. kun regulerer det enkelte kjøp, eller også selve eneforhandleravtalen. Slutningen ble at virkeområdet til loven, som er ”lausørekjøp”, ikke kan tolkes så vidt at det også omfatter forhold som springer ut av eneforhandleravtalen. Kun krav som direkte springer ut av de enkelte kjøp reguleres således direkte på bakgrunn av loven. Førstvoterende i Tampax-dommen, som fikk enstemmig tilslutning på dette punktet, skriver at ”Jeg kan ikke finne holdepunkt i løsørekjøplover for at

⁶⁰ ”Agenten og eneforhandleren i vest-europeisk ret” København 1965 av Ole Lando s. 66-67.

⁶¹ SØ- og Handelsretten i København 25. november 1959, SØ- og Handelsretstidende 1960, 12.

⁶² At dommene kan brukes til å belyse forholdet mellom fullmaktsgiver og fullmektig, vises også i ”Løsørepant over landegrenser” av Konow s. 361 flg.

loven direkte også må komme til anvendelse på (...) varige bestanddeler av avtaleforholdet som ikke kan sies å knytte seg til de konkrete kjøp, og jeg kan heller ikke se at loven her må anvendes analogisk”.

Ettersom intprkjl. ikke kunne brukes analogisk ble lovvalgsspørsmålet løst etter Irma-Mignon formelen. Fotoblitz-dommen stadfester rettskildebruken, og også her ble lovvalget fastsatt på bakgrunn av Irma-Mignon. Dommene viser at rettspraksis har tatt stilling til problemstillingen om analogi og støtter opp om argumentasjonen som fremføres i juridisk teori.

4.3 Norsk rettspraksis om lovvalgsspørsmålet

4.3.1 Innledning

I norsk internasjonal privatrett er Irma-Mignon formelen fra Rt. 1923 II s. 58 anvendt i stor utstrekning for å fastsette hvilket lands rett som skal anvendes. Som det skal drøftes i neste avsnitt, er imidlertid formelen av en meget generell karakter, og nyere rettspraksis fra internasjonale eneforhandler- og agentforhold skal derfor brukes for å belyse hvilke moment som kan være av betydning ved vurderingen.

4.3.2 Irma-Mignon i Rt. 1923 II s. 58

Utgangspunktet for å fastsette lovvalget er Irma-Mignon dommen i Rt. 1923 II s. 58. Saksforholdet var at de to norske skipene Irma og Mignon hadde et sammenstøt i elven Tyne i England. Førstnevnte skip hadde etter lovpålegg en los ombord, og det var han alene som var skyld i sammenstøtet. Spørsmålet var hvorvidt rederiet til Irma likevel var ansvarlig for skadene på Mignon. Lovvalget var her avgjørende, da rederiet etter engelsk rett ville gå fri, mens de etter norsk rett var ansvarlig for skadene begått av statslosen ombord.

En enstemmig Høyesterett sa at lovvalget bygger ”paa almindelige retsgrundsætninger og arten av det forhold det her gjælder”. Førstvoterende fortsatte så med det som i ettertid er kalt Irma-Mignon formelen da han uttalte at ”et forhold fortrinsvis bør bedømmes efter loven i det land, hvortil det har sin sterkeste tilknytning, eller hvor det nærmest hører hjemme” (min

understreking).⁶³ På bakgrunn av dette vurderingstemaet fant Høyesterett at saken burde bedømmes etter norsk rett.

Hva som nærmere ligger i Irma-Mignon formelen har både etterfølgende dommer og teoretikere forsøkt å klarlegge. Thue forklarer formelen slik; ”Det man altså gjør, er å foreta en *alt i alt betraktning*; finne det land som flertallet av forholdets komponenter peker mot (...). Man foretar en analyse av forholdet, og grupperer tilknytningene etter deres «retning»”.⁶⁴ Formelen er i senere år brukt i en rekke dommer, og er i dag sikker rett på kontraktsrettens område hvor lovvalget ikke kan fastsettes på annet vis.

Norsk teori har stilt seg noe ulikt til formelen.⁶⁵ Knoph kaller Irma-Mignon for ”den internasjonale «grunnlov»”.⁶⁶ Thue er imidlertid ikke enig i denne vurderingen og i TfR 1965 s. 578 (på s. 599) skriver han at ”(...) hittil har lite eller intet positivt blitt gjort. Den totale, absolutte og evige utslettelse synes å være målet. Angrepsvåpenet – Irma-Mignon-formelen - knekker enhver spire til regeldannelse, og den rettes stadig mot nye områder”. Thue mener at Irma-Mignon formelen på ingen måte er en rettslig standard slik Knoph hevder.

Til tross for blandet mottagelse blant norske teoretikere, har Irma-Mignon formelen fått stort innpass i norsk rettspraksis på kontraktrettens område. Irma-Mignon foreskriver en konkret helhetsvurdering av alle sakens moment før man foretar en avveining av hvor saken har størst tilknytning. Ved fullmaktsforhold kan personlig tilknytning til et land gjennom bopel og nasjonalitet være aktuelt å vektlegge. I selve Irma-Mignon saken ble det faktum at begge skipene var norske den avgjørende faktoren, til tross for at selve sammenstøtet skjedde i England. Videre kan forhold ved kontrakten komme inn slik som kontraktsstedet, oppfylleelsesstedet og språket kontrakten er fattet på. Ved fullmaktsforhold vil for eksempel stedet hvor fullmektigen har utført sitt arbeid være et sentralt moment. Til slutt kan partenes egne holdninger til lovvalget ble vektlagt, slik som partenes forutsetninger om lovvalget og partenes opptreden mens forholdet består. En grundigere drøftelse av de ulike momentene vil

⁶³ Rt. 1923 II s. 58 (s. 60).

⁶⁴ ”Irma-Mignon-formelen – en konfliktskapende regel” i TfR 1965 s. 587 av Helge Johan Thue.

⁶⁵ Irma-Mignon formelen har imidlertid fått tilslutning også utenfor Norges grenser. Bogdan skriver i ”Svensk internasjonell privat- och processrätt” på s. 31 at tanken om at et privatrettslig forhold bør underkastes retten i det land hvor den har nærmest tilknytning til betegnes ”i den nordiska internationella privaträtten ofta som ”Irma-Mignon-formlen”, efter ett norsk rättsfall där den uttrycktes på ett osedvanligt klart sätt”.

⁶⁶ ”Rettslige Standarder: Særlig Grunnlovens § 97” Oslo 1939 av Ragnar Knoph s. 278.

bli gitt i kapittel 6.

4.3.3 Tampax-dommen i Rt. 1980 s. 243

Nesten 30 år etter at Irma-Mignon ble avsagt finner vi to høyesterettsdommer om eneforhandlerforhold som direkte henviser til den samme formelen om ”sterkest tilknytning”. Den første dommen ble avsagt i Rt. 1980 s. 243 og er senere blitt omtalt som Tampax-dommen. Forholdet var her at det norske selskapet Midelfart var eneforhandler for Tampax sanitetstamponger i Norge og kjøpte bindene fra Tampax sitt hovedkontor i Danmark. Etter opphør av eneforhandleravtalen oppstod spørsmål om blant annet etterprovisjon, hvor det var på det rene at det ikke var grunnlag for etterprovisjon etter dansk rett mens forholdet var mer usikkert etter norsk rett. En av problemstillingene for domstolen var således å avgjøre om norsk eller dansk rett regulerte forholdet.

Førstvoterende, som på dette punktet fikk medhold av alle dommerne, uttalte at det var et ”spørsmål om kravet om etterprovisjon etter en samlet bedømmelse har sin nærmeste tilknytning til Norge eller Danmark, jfr. den såkalte Irma-Mignon-formelen i norsk internasjonal privatrett. Jeg er enig med lagmannsretten i at dette er Norge. Eneforhandleravtalen var av varig art, gjaldt en norsk forhandler og regulerte hans rettigheter og plikter her i landet”. Det var således **markedstilknytningen** til Norge som ble avgjørende for utfallet av saken.⁶⁷

4.3.4 Fotoblitz-dommen i Rt. 1982 s. 1294

At markedstilknytningen har stor betydning ble også understreket i Fotoblitz-dommen.⁶⁸ En norsk fotogrossist var eneforhandler for et tysk firmas fotoblitzer. Produktet holdt imidlertid ikke mål, og fotogrossisten søkte erstatning for tapt renommé ved å ha markedsført fotoblitzer som ble karakterisert som uselgelige. Slik saken fremstod for Høyesterett var spørsmålet hvorvidt kravet var forfalt, et spørsmål som fikk ulikt utfall i norsk og tysk rett. I motsetning til i Tampax-dommen har Fotoblitz-dommen en mer utførlig begrunnelse for hvorfor saken

⁶⁷ For grundig drøftelse av dommen, se ”Løsøre pant over landegrenser” av Konow s. 322 flg. Ordet ”markedstilknytning” blir ikke brukt i selve Tampax-dommen, men er et samlebegrep benyttet i Konow sin fremstilling.

⁶⁸ Ibid.

etter Irma-Mignon formelen hadde størst tilknytning til Norge. På dette punktet henviste Høyesterett til lagmannsrettens begrunnelse.

Lagmannsretten starter med å konstatere at saken har tilknytingspunkter som trekker i hver sin retning. Naturlig er dette ettersom leverandøren og eneforhandleren har forretningssted i hvert sitt land. Den muntlige avtalen om forhandlerforholdet ble inngått i Tyskland, og de enkelte bestillingene ble også rettet hit. De enkelte kjøp var således underlagt tysk rett, jfr. intprkjl. Kravet som ble reist gjaldt imidlertid ikke erstatning for mangler ved de enkelte fotoblitzer. Det gjaldt eneforhandlerens tap i renommé ved å ha markedsført fotoblitzer som viste seg å være mangelfulle. Høyesterett fant at et krav av denne typen ikke kan sies å springe direkte ut av det enkelte kjøp, men av forhandlerforholdet.⁶⁹ Problemstillingen var derfor hvilket lands rett som regulerte spørsmål som sprang ut av forhandlerforholdet.

Den eventuelle uaktsomheten som ble begått ved mangelfulle fotoblitzer fant sted i Tyskland. Utstyret skulle på den andre siden markedsføres i Norge. Også det faktum at forhandlerforholdet ikke kun skulle gjelde et begrenset antall transaksjoner, men var ment å være av mer varig art, talte for at norsk rett ble anvendt. Skadevirkningene inntraff i Norge, etter markedsføring mellom den norske eneforhandleren og norske detaljister. Av disse grunner fant lagmannsretten, som også en enstemmig Høyesterett sluttet seg til, at saken hadde sterkest tilknytning til norsk rett.

4.3.5 Pharma-Food dommen Rt. 2006 s. 1008

At Irma-Mignon formelen blir fulgt også i nyere rettspraksis finnes et eksempel på i Pharma-Food dommen fra Rt. 2006 s. 1008. Norske Pharma-Food inngikk en avtale om eksklusive agentrettigheter i Norge, Sverige og Danmark med det tyske firmaet Hüttlin. Førstnevnte krevde betaling av agentprovisjon, og anla sak mot Hüttlin i Norge på bakgrunn av Luganokonvensjonen art. 5 nr. 1.

Lagmannsretten kom til at tilknytningen til Tyskland var størst, slik at ”tysk rett skulle anvendes ved avgjørelsen av oppfylleelsesstedet for forpliktelsene etter kontrakten, jf. Irma Mignon-formelen”. Også Høyesteretts kjæremålsutvalg baserte sin vurdering på Irma-

⁶⁹ Se kapittel 4.2 om anvendelsesområdet for intprkjl. Loven skiller mellom krav som direkte springer ut av det enkelte kjøp, og krav som har sitt utspring i eneforhandlerforholdet.

Mignon, men kom til motsatt resultat. Etter utvalgets mening var lokaliseringen av agentens hovedkontor det viktigste momentet ved bedømmelsen. Dette ettersom det er fullmektigen som skal prestere den karakteristiske ytelsen.⁷⁰ Til støtte for dette synet ble det også vist til Roma konvensjonen art. 4 nr. 2. Høyesterett uttalte at virksomheten vanligvis drives fra hovedkontoret, og også i denne dommen ble således markedstilknytningen avgjørende. Videre viser utvalget til at det har vært av betydning at avtalen har vært praktisert i 12 år. I likhet med Fotoblitz- og Tampax-dommen ble således det faktum at forholdet var av en varig art vektlagt.

På den andre siden ble verken ”språket som er brukt i avtalen, forholdet mellom hovedmann og kjøper, [eller] messebesøk” tillagt vekt av betydning. Til slutt ble betydningen av at eneforhandleravtalen også inkluderte Sverige og Danmark vurdert. Utvalget mente imidlertid at hovedregelen for tilknytningsforhold ved agentavtaler var så godt begrunnet at tungtveiende grunner måtte til for å rettferdiggjøre en annen løsning. Heller ikke det faktum at den levering som utløste det aktuelle provisjonskravet skjedde fra Tyskland til Sveits, ble tillagt nevneverdig vekt.

4.3.6 Slutninger fra norsk rettspraksis

På bakgrunn av analysen ovenfor kan det fastsettes at Irma-Mignon formelen om ”sterkest tilknytning” også kan benyttes ved fastsettelsen av lovvalget i fullmaktsforhold. Selv Pharma-Food dommen som ble avsagt for mindre enn tre år siden henviser direkte til Irma-Mignon og fastsetter på den bakgrunn lovvalget. Felles for de tre siste dommene i analysen er at de alle legger stor vekt på stedet hvor fullmektigen utførte arbeidet og hvorvidt forhandlerforholdet var av varig art. Det første momentet blir i teorien omtalt som markedstilknytningen.⁷¹ At et fullmaktsforhold har stor tilknytning til det landet hvor fullmakten blir benyttet er naturlig. Det er også selvsagt at denne tilknytningen blir sterkere jo lenger fullmaktsforholdet varer. Selv om Irma-Mignon formelen er svært generell og avhenger av en konkret vurdering av saken, er det således noen helt sentrale krokar å henge vurderingen på.

⁷⁰ Se avsnitt 17 hvor det heter at ”Det er agenten som skal prestere realytelsen - i Romakonvensjonen art. 4 nr. 2 omtalt som « den for aftalen karakteristiske ydelse »”. Se også ”International privat- og procesret” av Nielsen s. 573.

⁷¹ ”Løsøre pant over landegrenser” av Konow s. 322 flg.

4.4 Betydningen av internasjonal rett ved fastsettelse av lovvalget

4.4.1 Innledning

I kapittel 4.3 ble det vist at Irma-Mignon formelen avgjør hvilket land kontrakten skal underlegges. De foregående avsnitt viser at denne svært generelle formelen også kan legges til grunn hvor lovvalget ved en internasjonal fullmaktsavtale skal fastlegges. Ettersom vurderingstemaet er så skjønnsmessig, blir spørsmålet om man de lege lata kan vektlegge løsninger fra internasjonal rett ved fastsettelsen av ”sterkeste tilknytning”. Problemstillingen er således hvorvidt man i internasjonal rett kan finne regler og praksis som kan brukes til å supplere Irma-Mignon formelen for å finne ut hvor rettsforholdet har sin nærmeste tilknytningen.

4.4.2 Betydningen av rettsstilstanden i EU

I likhet med Irma-Mignon formelen legger Roma konvensjonen art. 4 opp til en skjønnsmessig vurdering av hvilket land kontrakten ”is most closely connected [with]”.⁷² Bestemmelsen gir uttrykk for den individualiserende metode.⁷³ Så langt er således norsk rett i overensstemmelse med EU-retten. Roma konvensjonen har imidlertid detaljerte presumpsjonsregler i art. 4 nr. 2-5, som fastsetter en formodning om hvilket land en avtale har størst tilknytning til. Her heter det at “it shall be presumed that the contract is most closely connected with the country where the party who is to effect the performance which is characteristic of the contract has, at the time of conclusion of the contract, his habitual residence, or, in the case of a body corporate or unincorporate, its central administration”. I fullmaktsforhold er det fullmektigen som utfører den karakteristiske ytelsen ved kontrakten, og i utgangspunktet er det hans bosted ved kontraktsinngåelse som er avgjørende for lovvalget.⁷⁴ Hvis fullmektigen er en bedrift er det det landet hvor hovedkontor ligger som er avgjørende.

Fra 17. desember 2009 er det imidlertid Roma I-forordningen som skal regulere lovvalsreglene. Anvendelsesområdet for Roma konvensjonen og Roma forordningen er de samme, men hovedregelen om lovvalg hvor partene ikke har inngått avtale om lovvalget, er imidlertid nokså ulike. Ved en sammenligning av art. 4 i de to regelsettene ser man at Roma konvensjonen har en generell hovedregel for lovvalg basert på landet som

⁷² ”Svensk internationell privat- och processrätt” av Bogdan s. 251.

⁷³ ”International privat- og procesret” av Nielsen s. 504.

⁷⁴ ”International privat- og procesret” av Nielsen s. 573.

kontrakten "is most closely connected [with]". Roma I-forordningen derimot har ingen presumpsjonsregel, men en detaljert opplisting av forskjellige kontraktssituasjoner og de konkrete lovvalg. I likhet med Roma konvensjonen har heller ikke den nye Roma forordningen en eksplisitt regel for lovvalget i fullmaktsforhold.

I forarbeidene til Roma I-forordningen var det imidlertid følgende forslag til art. 7: "In the absence of a choice under article 3, a contract between principal and agent shall be governed by the law of the country in which the agent has his habitual residence, unless the agent exercises his main activity in the country in which the principal has his habitual residence, in which case the law of that country shall apply". Denne bestemmelsen ble imidlertid ikke videreført i forordningen og fullmaktsforhold vil bli regulert etter den generelle regelen i art. 4 nr. 2. Bestemmelsen svarer til reguleringen som i dag finnes i Roma konvensjonen, hvor fullmektigens bosted vil være avgjørende for lovvalget.⁷⁵ Det er imidlertid ikke fullmektigens bosted på kontraktstidspunktet som skal være avgjørende lenger, men bostedet på tidspunktet tvisten oppstår.

Den tilsynelatende forskjellen mellom norsk rett og EU-retten er således at førstnevnte vektlegger hvor fullmektigen utfører arbeidet, mens EU-retten vektlegger hvor fullmektigen har sitt bosted eller bedrift. Denne forskjellen trenger imidlertid ikke ha stor betydning i praksis. Som Høyesterett selv skrev i Pharma-Food dommen vil fullmektigens virksomhet normalt drives fra hovedkontoret. Hvor fullmektigen jobber for et selskap, vil som hovedregel arbeidsstedet og hovedkontoret til bedriften ligge i samme land. Hvis det er tilfelle, er norsk rett og EU-retten i overensstemmelse. Hvor fullmektigen jobber som privatperson, vil han som regel også bo i det landet hvor han arbeider. I henhold til någjeldende Roma konvensjon er det bostedet på kontraktstidspunktet som er avgjørende. Da kan det tenkes at det oppstår sprik mellom landet fullmektigen bodde i da kontrakten ble inngått og det landet arbeidet utføres i. I Roma I-forordningen er det imidlertid fullmektigens bosted på tidspunktet tvisten oppstår som er avgjørende. Sannsynligheten er da stor for at det er samsvar mellom bosted og arbeidssted, i alle fall i fullmaktsforhold av en viss varighet.

⁷⁵ Ibid.

At Høyesterett i praksis vektlegger EU-retten ved fastsettelsen av ”nærmest tilknytning” vises i Pharma-Food dommen fra 2006. I avsnitt 17 begrunner Høyesterett sitt syn på bakgrunn av Roma konvensjonen art. 4 nr. 2.

4.4.3 Betydningen av Haag konvensjonen

I likhet med EU-retten er det også i Haag konvensjonen art. 6 det landet hvor fullmektigen hadde sitt forretningssted, eller i mangel av forretningssted, fullmektigens bosted da kontrakten ble inngått, som er avgjørende for lovvalget. Derimot er landet hvor fullmektigen hovedsaklig utøver sitt arbeid avgjørende dersom fullmaktsgiver har sin virksomhet i det landet, eller dersom han ikke har noen virksomhet, har sitt bosted i det landet. Hvor fullmektigen har forretningssted i mer enn ett land vil det land hvor fullmaktsforholdet har sin sterkeste tilknytning til bli avgjørende.

Hovedregelen etter Roma konvensjonen og Haag konvensjonen er således sammenfallende. Det er fullmektigens forretningssted eller bosted som er avgjørende. I utgangspunktet er det således full overensstemmelse mellom norsk rett, EU-retten og Haag konvensjonen. Det er imidlertid to forskjeller mellom de to konvensjonene. For det første opererer Roma konvensjonen med en formodningsregel som ikke er mer enn en presumpsjon. Dersom forholdene ligger til rette for at et annet lands rett vil være mer nærliggende, er det mulig å avvike fra hovedregelen.⁷⁶ Haag konvensjonen opererer derimot med en fast regel.⁷⁷ For det andre er det fullmektigens bosted ved kontraktsinngåelse, og ikke ved tvistidspunktet, som er avgjørende i Haag konvensjonen.

Det er således noe avvik mellom Roma konvensjonen og Haag konvensjonen. Ettersom sistnevnte utelukkende regulerer fullmaktsforhold, er det imidlertid klart at denne reguleringen lettere kan operere med unntak fra hovedregelen og innføre mer nyanserte bestemmelser enn Roma konvensjonens regler som gjelder all kontraktsrett. Hvor norske dommere er usikre på hvor forholdet har sin sterkeste tilknytning, kan det således være rom for å se hen til Haag konvensjonens regulering av spørsmålet.

⁷⁶ Se art. 4 nr. 5 i Roma konvensjonen og art. 4 nr. 4 i Roma I-forordningen.

⁷⁷ ”International privat- og procesret” av Nielsen s. 573.

5 Andre lovvalgsregler ved tilblivelsesmangler?

I kapittel 3 ble det foretatt en gjennomgang av partsautonomien ved lovvalg, og drøftelsen viser at partene har stor avtalefrihet til å bestemme avtalestatutt. I kapittel 4 ble lovvalgsreglene hvor partene ikke selv har avtalt et lovvalg drøftet. I norsk internasjonal privatrett er gjeldende rett den individualiserende metode, og ved vurderingen av hvor forholdet har sin nærmeste tilknytning kan internasjonal rett være til inspirasjon. Et spørsmål som er reist i teorien er imidlertid hvorvidt det gjelder andre lovvalgsregler hvor tilblivelsesmangler undersøkes.⁷⁸ Med andre ord om kontraktsstatuttet er avgjørende også for spørsmål om kontrakten er ugyldig på grunn av tilblivelsesmangler slik som falsk, forfalskning, svik, tvang med mer.⁷⁹

I norsk internasjonal privatrett er spørsmålet lite drøftet. Lundegaard hevder at intprkjl. sine regler må kunne anvendes analogisk når det gjelder svik og spørsmål om avtalen teknisk sett er kommet i stand.⁸⁰ Det betyr at lovvalget for tilblivelsesmangler er sammenfallende med det lovvalget partene selv har tatt. Han gjør imidlertid unntak for spørsmål om en part har samtykket i avtalen. Slike problemstillinger hevder han må løses på bakgrunn av lex fori.

Konow hevder også at lovvalgsreglene på kontraktsrettens område bør komme til anvendelse.⁸¹ Dette gjelder både hvor partsautonomien er benyttet og hvor lovvalget er fastlagt på bakgrunn av internasjonalt privatretslige regler. For dansk retts vedkommende blir samme løsning forfektet av Lando og Nielsen.⁸² En forholdsvis samlet gruppe av norske og internasjonale teoretikere er således enig i at kontraktens gyldighet bedømmes etter det lands rett som gjelder for kontrakten. Lovvalgsreglene for tilblivelsesmangler er således lex causae.⁸³

⁷⁸ "Løsørepant over landegrenser" av Konow s. 384 og "Gaarders innføring i international privatrett" av Lundegaard s. 243.

⁷⁹ For en gjennomgang av tilblivelsesmangler i norsk materiell rett se "Avtaleslutning og ugyldighet" av Hov s. 237 flg., "Avtalerett" av Woxholt s. 325 flg., "Avtaler" av Giertsen s. 150 flg. og "Lærebok i avtalerett" Oslo 1969 av Carl J. Arnholm s. 220 flg.

⁸⁰ "Gaarders innføring i international privatrett" av Lundegaard s. 243.

⁸¹ "Løsørepant over landegrenser" av Konow s. 384 flg.

⁸² "Kontraktsstatuttet - Udenrigshandelsret II" 3. utgave, København 1981 av Ole Lando s. 247-248 og "International privat- og procesret" av Nielsen s. 530.

⁸³ Noe retten også synes å ha lagt til grunn i Rt. 1936 s. 900, se "Løsørepant over landegrenser" av Konow s. 384.

6 Anbefalt norsk lovvalsregel

6.1 Innledning

I kapittel 4 er rettstilstanden ved manglende avtale om lovvalg drøftet de lege lata. Der er det redegjort for at det også i EU-retten opereres med en skjønnsmessig vurdering om nærmest tilknytning, men at Roma konvensjonen har klare formodningsregler for hvilket land kontrakten har størst tilknytning til. Lignende formodningsregler kan imidlertid utledes av norsk rettspraksis, hvor markedstilknytning og forholdets varighet er sentrale moment.⁸⁴ Dagens rettstilstand er således at Irma-Mignon formelen i norsk internasjonal privatrett i stor grad er samsvarende med Roma konvensjonen, og hensynet til uniforme regler er pr. i dag ivare tatt.⁸⁵

Ved ikrafttreddelsen av den nye Roma I-forordningen vil imidlertid grunnstrukturen i lovvalsreglene hvor partene ikke har benyttet partsautonomien endres. Roma I-forordningen forlater den individualiserende metode, og inneholder en oppstilling av detaljerte regler om hvilket lands rett ulike kontraktstyper reguleres av. Forslag om en spesifikk regel for fullmaktsforhold ble foreslått i forarbeidene, men ikke videreført i den endelige forordningen.⁸⁶ Fullmaktsforhold blir imidlertid fanget opp av den generelle bestemmelsen i art. 4 nr. 2 som fastsetter at bostedet til den som yter den karakteristiske ytelsen, her fullmektigen, vil være avgjørende. Den nye rettstilstanden i Europa blir således mer strukturert og detaljregulert enn norsk internasjonal privatrett. I dette kapittelet vil det de lege ferenda bli drøftet hvordan rettstilstanden i Norge bør være, spesielt med tanke på at EU-retten nå går bort fra hovedregelen om den individualiserende metode og over i mer konkrete lovvalsregler.

En anbefalt norsk lovvalsregel må imidlertid baseres på en avveining mellom ulike hensyn, hvor behovet for uniforme regler i Europa bare er et av momentene som må vektlegges.⁸⁷ Vurderingen må balanseres mellom uniformitet, tilknytningshensyn, kontraktens enhet,

⁸⁴ Se Tampax-dommen, Fotoblitz-dommen og Pharma-Food dommen i kapittel 4.3.

⁸⁵ Haag konvensjonen på den andre siden legger ikke opp til en generell vurdering, men opererer utelukkende med klare regler på hvilket lands regler kontrakten skal reguleres av, jfr. art.6.

⁸⁶ Se kapittel 4.4.2.

⁸⁷ "Løsorepant over landegrenser" av Konow s. 237 flg., "Gaarders innføring i internasjonal privatrett" av Lundegaard s. 86 flg., "International privat- og procesret" av Nielsen s. 22 flg. og "Svensk internationell privat- och processrätt" av Bogdan s. 28 flg.

forutberegnelighet, effektivitet og rimelighetsbetraktninger.

6.2 Uniforme regler

Hensynet til uniforme regler er svært viktig idet lovvalget for fullmaktsforhold skal fastsettes, jfr. kapittel 3.2.4.2.⁸⁸ I skrivende stund er norsk rett i samsvar med EU-retten, ettersom Roma konvensjonen art. 4 nr. 1 også bygger på den individuelle metode. At Irma-Mignon sammenfaller med EU-retten har tidligere vært et sterkt argument for å beholde den individualiserende metode i norsk rett. Konow viser for eksempel til Roma konvensjonen før hun konkluderer med at den individualiserende metode er best egnet til å fastsette lovvalget mellom fullmaktsgiver og fullmektig.⁸⁹ Dersom hun skulle uttalt seg om en anbefalt lovvalsregel i dag, er det derfor ikke sikkert at hun ville ha falt ned på samme ordning. Ettersom samsvar med EU-retten er et av hennes viktigste argument for at Irma-Mignon formelen bør beholdes, er det faktisk mye trolig at Konow i dag ville inntatt motsatt standpunkt.

Det faktum at norsk internasjonal privatrett fra og med 17. desember 2009 vil være i utakt med nesten samtlige av de europeiske landene, er et svært sterkt argument for at man også i norsk rett bør endre lovvalsreglene. Hensynet til uniforme regler tilsier således at en anbefalt lovvalsregel for fullmaktsforhold bør være mer konkret, og ikke bygge på den individuelle metode. Dersom norsk internasjonal privatrett skal være i samsvar med EU-retten, bør regelen derfor være at fullmektigens bosted er avgjørende.

6.3 Tilknytningshensyn

Hensynet til det markedet hvor kontrakten skal fungere er blitt vektlagt flere steder i rettspraksis.⁹⁰ Konow fremhever viktigheten av å vektlegge hvor kontrakten ”levde sitt liv” og at partene ofte har en berettiget forventning om at saken reguleres av det landets rett.⁹¹ I fullmaktsforhold vil markedstilknytningen henviser til det landet hvor fullmektigen utførte sitt arbeid.

⁸⁸ ”Løsøre pant over landegrenser” av Konow s. 232 flg., ”Gaarders innføring i internasjonal privatrett” av Lundegaard s. 86 flg. og ”International privat- og procesret” av Nielsen s. 22 flg.

⁸⁹ ”Løsøre pant over landegrenser” av Konow s. 363 og 364.

⁹⁰ Se Tampax-dommen, Fotoblitz-dommen og Pharma-Food dommen i kapittel 4.3.

⁹¹ ”Løsøre pant over landegrenser” av Konow s. 323 flg.

Som regel vil markedstilknytningen være sammenfallende med det landet hvor fullmektigen bor eller har sitt forretningssted. Spesielt gjelder dette hvor fullmaktsforholdet er av en viss varighet. At fullmektigens forretningssted og bosted er sammenfallende med det landet hvor kontrakten ”lever sitt liv”, ser man eksempel på i både Tampax-dommen og Fotoblitz-dommen.

Tilknytningshensyn er vektlagt både i Roma konvensjonen/Roma I-forordningen og i Haag konvensjonen og viser hvor viktig markedstilknytningen er. Det er imidlertid fullt mulig at fullmektigen bor eller har forretningssted i et annet land enn det landet hvor fullmakten brukes. Fullmektigen kan for eksempel bo i Norge, mens arbeidet innebærer flere forretningsreiser til Sverige for å selge produkter for fullmaktsgiver. Tilknytningen til fullmektigens bosted kan i slike tilfeller være svært liten. Derfor er jeg enig med Konow i at det landet hvor fullmakten faktisk benyttes bør være avgjørende, slik at bosted eller forretningssted er av mindre betydning. Dette er også de hensyn Høyesterett vektla i både Tampax-dommen (s. 249) og Fotoblitz-dommen (s.1300).

Tilknytningshensynet tilsier således at lovvalget bør avgjøres ut fra det lands rett hvor fullmakten blir benyttet. Selv om en slik regel ikke ordrett vil samsvare med Roma I-forordningen, som lar fullmektigens bosted være avgjørende, vil det i praksis ofte være sammenfall mellom det land hvor fullmektigen bor og det land hvor fullmakten benyttes.

6.4 Forutberegnelighet

Lovvalg basert på den individualiserende metode gjør situasjonen svært usikker for partene. Før retten har avgjort saken er det vanskelig å ha en klar formening om lovvalget, og dersom Irma-Mignon formelen opprettholdes, vil det gå utover forutberegneligheten til partene.

At hensynet til forutberegnelighet er tillagt stor vekt i andre lands internasjonale privatrett, vises i den nye Roma I-forordningen. Også Haag konvensjonen opererer i art. 6 med en konkret lovvalgsregel istedenfor å benytte seg av skjønnsmessige vurderinger. Hensynet til partenes forutberegnelighet taler således for at den norske lovvalgsregelen bør være konkret og ikke bero på en skjønnsmessig vurdering.

6.5 Kontraktens enhet

6.5.1 Innledning

Hensynet til kontraktens enhet er også en viktig betraktning idet lovvalget mellom fullmaktsgiver og fullmektig skal fastsettes. Med kontraktens enhet menes alle tre partsrelasjoner i et fullmaktsforhold; forholdet mellom fullmaktsgiver og fullmektig, fullmaktsgiver og tredjemann, og fullmektig og tredjemann. Ved fastsettelsen av lovvalget mellom fullmaktsgiver og fullmektig vil det således være fordelaktig om den samme lovvalsregel gjelder for alle tre partsrelasjonene. Av denne grunn skal noen synspunkter om lovvalget for de to andre partsrelasjonene drøftes.

6.5.2 Forholdet mellom fullmaktsgiver og tredjemann

I likhet med forholdet mellom fullmaktsgiver og fullmektig har heller ikke forholdet mellom fullmaktsgiver og tredjemann en klar løsning i norsk rett og må vurderes etter ulovfestet rett.⁹² Forholdet er noe spesiell ettersom fullmaktsgiver normalt blir avtalerettslig bundet, selv om kontakten ikke sluttes direkte mellom fullmaktsgiver og tredjemann. Problemer mellom fullmaktsgiver og tredjemann oppstår imidlertid ofte ved at fullmektigen går utenfor grensene for fullmakten, og normalt vil det da være tale om erstatning utenfor kontrakt.⁹³ Dette er også grunnen til at Roma I-forordningen art. 1 nr. 2 litra g fastslår at reguleringen ikke er anvendelig på forholdet mellom fullmaktsgiver og fullmektig.⁹⁴

Lovvalget mellom fullmaktsgiver og tredjemann må således vurderes etter ulovfestet rett, og Lundegaard hevder at landet hvor fullmektigen har sitt forretningssted eller sin bopel må være avgjørende.⁹⁵ Konow mener derimot at den individualiserende metode er bedre egnet ettersom den er mer fleksibel og gir mulighet til å fange opp de tilknytningsmoment som gjør seg gjeldende i den enkelte sak.⁹⁶ Hun understreker imidlertid at utfallet av den individualiserende metode på forholdet mellom fullmaktsgiver og tredjemann ikke behøver å gi samme lovvalsregel som bruk av metoden på forholdet mellom fullmaktsgiver og fullmektig. Det er ulike hensyn om gjør seg gjeldende for de to konfliktsituasjonene da man står ovenfor

⁹² For en fyldigere drøftelse, se "Løsørepant over landegrenser" av Konow s. 364 flg.

⁹³ "International Handelsret" av Nielsen s. 233 flg., "International privat- og procesret" av Nielsen s. 568 flg. og "Løsørepant over landegrenser" s. 366 flg.

⁹⁴ Ordningen er videreført fra Roma konvensjonen art. 1 nr. 2 litra f.

⁹⁵ "Gaarders innføring i internasjonal privatrett" av Lundegaard s. 256. Dette argumentet er også i samsvar med Roma I-forordningen og Haag konvensjonen, og fremmer således hensynet til uniforme regler.

⁹⁶ "Løsørepant over landegrenser" av Konow s. 366 og 367.

forskjellige partsforhold og ulike rettslige problemstillinger. Ettersom rettstilstanden i norsk internasjonal privatrett ikke er klar, åpner hun imidlertid for at praktiseringen av den individuelle metode bør ligge nær opp til Haag konvensjonen. I henhold til art. 11 nr. 1 er hovedregelen også her at fullmektigens forretningssted, eventuelt handlingssted, er avgjørende for lovvalget. For dansk retts vedkommende hevder Nielsen at Haag konvensjonen gir uttrykk for gjeldende rett, selv om Danmark ikke har ratifisert den.⁹⁷ Bogdan hevder imidlertid at ved svenske domstoler må forholdet vurderes på bakgrunn av retten i det landet hvor fullmektigen handlet.⁹⁸

6.5.3 Forholdet mellom fullmektigen og tredjemann

Heller ikke for forholdet mellom fullmektig og tredjemann har norsk rett et klart svar. For dansk retts vedkommende stiller Nielsen spørsmål til hvorvidt Roma konvensjonen i det hele tatt kan anvendes ettersom tredjemann vanskelig kan sies å ha et kontraktsrettslig krav mot fullmektigen.⁹⁹ Dersom erstatningskravet derimot klassifiseres som kontraktsrettslig, kommer Roma konvensjonen til anvendelse. Ved den individualiserende metoden etter Roma konvensjonen art. 4. nr. 1 og nr. 2 bør det etter Nielsens syn legges vekt på Haag konvensjonen art. 11, jfr. art. 15. Det vil medføre at det som utgangspunkt er fullmektigens forretningssted, evt. handlingsstedet, som vil være avgjørende for lovvalget.¹⁰⁰ Etter overgangen til Roma I-forordningen i desember vil det imidlertid ikke lenger være særlig rom for en slik skjønnsmessig vurdering hvor Haag konvensjonens regulering kan vektlegges. I EU-retten vil det da være fullmektigens bosted som vil være avgjørende, jfr. art. 4 nr. 2.

For norsk retts vedkommende argumenterer Konow for at den individualiserende metode bør brukes også mellom tredjemann og fullmektig. På den måten kan man få innpass for de mer nyanserte reglene i Haag konvensjonen.¹⁰¹ Hun trekker også frem at spørsmålet om erstatningskravet kan klassifiseres som et kontraktsrettslig krav ikke volder de samme problemene i norsk rett. Dette da den individualiserende metode i norsk rett er brukt både i og utenfor kontraktsforhold.¹⁰²

⁹⁷ "International Handelsret" av Nielsen s. 234..

⁹⁸ "Svensk internationell privat- och processrätt" av Bogdan s. 275-277.

⁹⁹ Roma konvensjonen og Roma I-forordningen gjelder kun for "contractual obligations", jfr. art. 1 nr. 1.

¹⁰⁰ "International privat- og procesret" av Nielsen s. 573.

¹⁰¹ "Løsøre pant over landegreenser" av Konow s. 369.

¹⁰² Som eksempel kan nevnes selve Irma-Mignon dommen som gjaldt en sak utenfor kontraktsforhold, og Tampax-dommen og Fotoblitz-dommen som gjaldt kontraktsrettslige forpliktelser.

6.5.4 De lege ferenda vurdering

Ettersom lovvalgsreglene mellom fullmaktsgiver og tredjemann, og fullmektig og tredjemann ikke er avklart i norsk rett, må det være forholdsvis stort rom for de lege ferenda vurderinger på området.

Jeg er enig med Konow i at den individualiserende metoden medfører at de konkrete hensyn i den aktuelle sak kan vektlegges, noe som gjør at reelle hensyn får større innpass. Det må imidlertid tas med i vurderingen at Konow sin bok ble skrevet før Roma I-forordningen ble vedtatt, hvor man forlater den individualiserende metode. Uansett er det etter min mening viktig å se at bruken av Irma-Mignon formelen i alle tre partsrelasjoner ikke nødvendigvis ivaretar hensynet til kontraktens enhet. Selv om lovvalget fastsettes av Irma-Mignon formelen i alle tre partsrelasjoner, kan bruk av den individualiserende metode gjøre ulike lands rettssystemer til rett lovvalg. Dette kan igjen medføre et problem for tredjemann dersom han ønsker å saksøke både fullmaktsgiver og fullmektig. I verste fall kan han oppleve at lovvalget i de to relasjonene er forskjellig. Jeg er derfor uenig med det synet Konow presenterer i sin bok, og mener at lovvalget for disse to partsrelasjonene bør fastsettes i samsvar med EU-retten, hvor fullmektigens bosted vil være avgjørende. Dette taler igjen for at lovvalget mellom fullmaktsgiver og fullmektig bør avgjøres av fullmektigens bosted.

6.6 Effektive og praktiske regler

Videre er det et viktig hensyn at reglene bør være enkle å praktisere, både for domstolen og for partene. Den individualiserende metode forutsetter en konkret helhetsvurdering av de forhold som gjør seg gjeldende i den enkelte sak. Som regel vil det finnes flere moment som trekker i ulike retninger. Det medfører at lovvalget avhenger av domstolens konkrete skjønn i den enkelte sak.

Videre kan det stilles spørsmål til hvorvidt norske dommere virkelig foretar en helt objektiv vurdering av hvor saken har sin nærmeste tilknytning. Norsk dommere vil ved Irma-Mignon formelen sannsynligvis være ivrig etter å anvende norsk materiell rett. I Rt. 1953 s. 1132 (s. 1141) ble det uttalt at ”Jeg tilføyer at det også av retts tekniske grunner er fordelaktig at norske domstoler i størst mulig utstrekning kan anvende landets egen, «indre» rett”.

Til slutt har hensynet til effektive og praktiske regler en nær tilknytning til hensynet til kontraktens enhet. For å sikre en effektiv og praktisk utnyttelse av rettssystemet, er det klart fordelaktig om fullmaktsforholdet som en enhet reguleres av samme lands rett. Dersom tredjemann ønsker å reise erstatningskrav mot både fullmektig og fullmaktsgiver, bør samme lands rett være anvendelig for begge partsforholdene.

6.7 Konkret rimelighet

Norsk rett blir i stor utstrekning utformet på bakgrunn av hva som anses som rimelig. Det er selvsagt at hensynet til rimelighet bedre ivaretas dersom forholdene ved saken vurderes konkret og en løsning baseres på disse funn. Overført til fullmaktsforhold vil det medføre at den konkrete rimelighet tilsier at lovvalget avgjøres basert på en avveining av tilknytningsforholdene i saken – den individualiserende metode.

6.8 Konklusjon

Som drøftelsen overfor viser er det flere moment som trekker i ulike retninger. Den individualiserende metode er godt innarbeidet i det norske rettssystemet og har vært gjeldende rett siden 1920-tallet. Irma-Mignon formelen gir domstolen forholdsvis frie tøyler i rettanvendelsen, og medfører således at de reelle hensyn som gjør seg gjeldende i den konkrete sak kan vektlegges. Når reguleringen i EU til nå har vært tilnærmet sammenfallende med den norske rettstilstanden, er det forståelig at lovvalgsspørsmålet ikke er endret på over 80 år.

Fra desember 2009 vil imidlertid uniformiteten med rettstilstanden i EU bli svakere dersom vi ikke beveger oss bort fra den individualiserende metode. Betydningen av sammenfallende lovvalsregler i Europa er blitt påpekt flere ganger i avhandlingen, og EUs endrede kurs er en sterk indikasjon på at Norge bør gjøre det samme. Ved å forlate Irma-Mignon formelen vil man samtidig gi partene større forutberegnelighet og gi domstolen en enklere jobb ved fastsettelsen av lovvalget. Et viktig moment er at rettspraksis viser at norske domstoler ved fullmaktsforhold legger avgjørende vekt på markedstilknytningen. Den nye EU forordningen fastsetter i art. 4 nr. 2 at fullmektigens bosted på tvisttidspunktet skal være avgjørende for lovvalget. Som tidligere vist er fullmektigens bosted som regel sammenfallende med

markedstilknytningen, og en adopsjon av EUs regelsett vil således bære preg av å være en formalitetsendring og ikke en realitetsendring. Av disse grunner er det min mening at Norge bør gå bort fra den individualiserende metode, og i stedet operere med en konkret bestemmelse angående lovvalgsspørsmålet ved fullmaktsforhold som sammenfaller med EU-retten.

For å øke forutberegneligheten til partene bør lovvalsregelen ikke forbli ulovfestet, men plasseres i en egen lovvalgslov. Loven bør fastsette at fullmektigens bosted er avgjørende for lovvalget hvor partene ikke har truffet et eget valg. Den samme loven bør også inneholde hovedregelen om full partsautonomi, samt en gjennomgang av de begrensninger på avtalefriheten norsk internasjonal privatrett opererer med.

7 Litteraturliste

7.1 Bøker

Arnholm, Carl Jacob. "Lærebok i avtalerett", Oslo 1969.

Bogdan, Michael. "Svensk internationell privat- och processrätt" 6. utgave, Stockholm 2004, Norstedts Juridik AB.

Eftestøl, Ellen J. "Agenturloven med kommentarer", Oslo 1998.

Giertsen, Johan. "Avtaler", Oslo 2006.

Hov, Jo. "Avtaleslutning og ugyldighet Kontraktsrett I" 3. utgave, Oslo 2002.

Jakhelln, Henning. "Kontinentalsokkelens Arbeidsrett"/ "Labour Law of the Norwegian Continental Shelf", Oslo 1984.

Knoph, Ragnar. "Rettslige Standarder: Særlig Grunnlovens § 97", Oslo 1939.

Knoph, Ragnar og Selvig, Erling. "Knophs oversikt over norsk rett" 13. utgave, Oslo 2009.

Konow, Berte-Elen Reinertsen. "Løsøre pant over landegrenser", Bergen 2006.

Lando, Ole. "Agenten og eneforhandleren i vest-europeisk ret" København 1965, Foreningen til Unge Handelsmænds Uddannelse, Einsar Harcks forlag.

Lando, Ole. "Kontraktsstatuttet – dansk og fremmede lovvalgsregler om kontrakter", 3. utgave, København 1981, Udenrikshandelsrett i "Skrifter fra Institut for europæisk handelsret ved handelshøjskolen i København".

Lookofsky, Joseph og Hertz, Kjetilbjørn. "Internasjonal privatret på formuerettens område" 4. utgave, København 2008, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Lundegaard, Hans Petter. "Gaarders innføring i internasjonal privatrett" 3. utgave, Oslo 2000.

Nielsen, Peter Arnt. "International Handelsret" København 2006, Forlaget Thomson A/S.

Nielsen, Peter Arnt. "International privat- og procesret" København 1997, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Pålsson, Lennart. *Romkonventionen*, "Tillämplig lag för avtaleforpliktelser" Stockholm 1998. En del av serien "Institutet för rättsvetenskaplig forskning", Norstedts juridik.

Thue, Helge Johan. "Internasjonal Privatrett", Oslo 2002.

Woxholt, Geir. "Avtalerett" 6. utgave, Oslo 2006.

7.2 Artikler

Giertsen, Johan. "Usikfte og lovvalg" i TfR 1995 s. 261.

Konow, Berte-Elen Reinertsen. "Vernetiing og rettsvalg ved internasjonale forbrukerkjøp" i "Rett og toleranse: Festskrift til Helge Johan Thue", Bergen 2007.

Konow, Berte-Elen Reinertsen. "Erstatningsvernetiing i saker utenfor kontraktsforhold" i "Nybrott og Odling: Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen 3. april 2002", Bergen 2002 s. 181.

Lando, Ole. "Mellemanden og forhandleren i den internationale privatret – en rettssammenlignende undersøgelse" i TfR 1979 s. 411.

Thue, Helge Johan. "Irma-Mignon-formelen – en konfliktskapende regel" i TfR 1965 s. 587.

Thue, Helge Johan. "Formuesordningen i internasjonale ekteskap – de rettslige hovedlinjer" i LoR 1997 s. 34.